

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

El control interno y externo a los contratos de obra, el uso eficiente de los recursos públicos y su incidencia en el derecho a una buena administración

Luis Germánico Cevallos Cevallos

Tutor: Víctor Granda Aguilar

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional		
	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Luis Germánico Cevallos Cevallos, autor de la tesis intitulada “El control interno y externo a los contratos de obra, el uso eficiente de los recursos públicos y sus incidencia en el derecho a una buena administración”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

27 de abril de 2020

Firma: _____

Resumen

Esta tesis indaga en el campo de control interno y externo que son parte de un sistema dinámico en referencia a la construcción de la obra pública, con ellos se busca la protección del recurso público y la satisfacción del interés general. Para el efecto, la Constitución de la República crea un órgano técnico que es la Contraloría General del Estado y diseña un mecanismo de control que se refiere a un ejercicio posterior con la determinación de responsabilidades. En el medio de su acción están los ciudadanos que tienen el derecho a gozar de una buena administración. En este sentido y en base al análisis de estudios de casos se evidencia cómo funciona el control en los contratos de obra pública, cuán efectivo y eficiente es el control de manera que se proteja los recursos que vienen de los mismos ciudadanos. Además se determina la oportunidad con la que actúa el órgano contralor y que tan pertinentes son los informes que estos emiten, en el sentido de que aquellos establezcan una verdadera estructura de precedentes que sirvan de fundamento para la actuación futura de las administraciones. El control presenta una faceta interna y externa que forma parte de un mismo sistema pero que al final terminan funcionando de forma individual. Hecho que hace que se rompa con la visión de una estructura ordenada y que aparezcan controles yuxtapuestos ejercidos de forma diferente por las instituciones y por el órgano de control. El control responde a un sistema que tiene tres fases: examen, responsabilidades y coacción. Estructura que para que sea más efectiva debería centrarse en un tipo de control concurrente y desde una omnipresencia que se concentre en las actuaciones reales de las administraciones teniendo como resultado final la satisfacción de las necesidades de forma eficiente.

Palabras clave: control interno, externo, contrato de obra pública, procedimientos de contratación, buena administración, recursos públicos, erogación.

A Emperatriz, María y Manuela Fernanda tres mujeres que desde su vida inspiran la superación y la búsqueda constante del conocimiento.

Agradecimientos

Agradezco a mi familia (Luis, Emperatriz y Diego) por su comprensión y apoyo incondicional. A María Fernanda por su ejemplo de lucha, perseverancia y por su apoyo con criterios académicos para el desarrollo de los temas. A Manuela Fernanda fortaleza para el cumplimiento de las metas. A la Dirección Administrativa de la Unidad de Análisis Financiero y Económico por las facilidades prestadas.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero Epistemología del control: el control externo e interno como elementos de un mismo sistema	19
1. El control interno un preámbulo del control posterior	19
1.1. Fases del control interno.....	21
2. ¿Control externo integrado o represivo?	23
2.1. La herramienta del control externo.....	24
3. El control de los contratos de obra pública.....	28
3.1. El contrato de obra pública, estudios y fiscalización.....	30
3.2. El control en la fase anterior a la suscripción del contrato	32
4. Los recursos, el gasto público y la actuación eficiente del Estado.....	50
5. La buena administración como principio, obligación y derecho.....	54
Capítulo segundo Análisis de la normativa vigente: el control externo e interno como eje transversal del sistema jurídico.....	63
1. Enfoque constitucional del control técnico financiero	63
2. Concepción del control interno y externo en Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento.....	69
3. Aporte de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado ...	73
4. El desarrollo del control en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y Codificación de Resoluciones del SERCOP.....	79
5. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas como base del control.....	86
Capítulo Tercero Estudio de casos	93
1. Análisis informe DNAI-0035-2018 “Construcción del complejo judicial de Babahoyo”	93
2. Análisis informe DAPyA-0059-2018 “Proceso de contratación y construcción de la Ruta Viva”	99
3. Análisis informe DNA2-0018-2018 “Construcción del edificio de laboratorio, edificio de transferencia de tecnología, edificio de administración y gestión, auditorio del campus universitario Yachay.....	104
Colofón del estudio de casos	114

Conclusiones.....	117
Bibliografía.....	125

Introducción

La administración pública, con el objeto de satisfacer las necesidades de la sociedad, efectúa procedimientos para contratar la ejecución de obras que regularmente son las que más presupuesto comprometen. La ejecución de éstas se someten a diferentes formas de control interno y al que realiza la Contraloría General del Estado (CGE), la Procuraduría General del Estado (PGE) de conformidad con la Constitución y la Ley así como la Función Ejecutiva a través de las diferentes secretarías.

Este trabajo principalmente hace referencia al control interno realizado por las mismas instituciones, el que comienza en la definición de los informes de necesidad o estudios previos y finaliza en la erogación de fondos, para en un segundo momento analizar el control posterior que efectúa principalmente la CGE. Esto únicamente por focalizar la investigación, hecho que no desconoce que existan otros tipos de control en las diferentes fases mismos que son ejecutados por otros organismos.

Respecto del control interno se muestra que los órganos de la administración antes de iniciar la ejecución de un contrato de obra primero deben contar con los “estudios previos”. En ellos se definen las condiciones principales de la contratación su factibilidad y presupuesto. Éste se convierte en el primer elemento de control ya que estructura los elementos fundamentales que permitirán desarrollar la contratación. Hecho que se ha convertido en el “talón de Aquiles” de la administración tal cual se observa en el estudio de casos.

Los departamentos jurídicos efectúan el control de legalidad de las actuaciones de la administración, emiten criterios respecto del desarrollo de los procedimientos administrativos de contratación y elaboran los documentos respectivos que, con la suscripción del funcionario en representación del órgano, generan derechos y obligaciones.

En la fase contractual aparecen las figuras de los administradores y fiscalizadores que también controlan y autorizan la erogación de fondos públicos por los trabajos realizados. Estos efectúan una forma de control concurrente verificando de forma directa el cumplimiento del objeto contractual.

Por último las coordinaciones y direcciones financieras, conforme lo establecido en las normas de control interno de la Contraloría General del Estado (NCICGE),

efectúan su control el momento de solicitar la erogación de fondos por planillas de obras aprobadas o pago de anticipos. Ahí aparece el análisis técnico que efectúan las instituciones en base a los componentes del sistema de administración financiera que son: 1) compromiso (presupuesto), 2) devengado (contabilidad gubernamental) y 3) pago (tesorería). En estas actuaciones la administración pública siempre tiene la opción de solicitar asesoría y control a otras instituciones competentes.

Una vez efectuado este análisis es necesario preguntarse si ¿este primer filtro establece las condiciones para un control posterior, protegiendo los recursos públicos así como el derecho a la buena administración?

La respuesta se ve reflejada en los informes aprobados por el ente de control como resultado del **control posterior**. En estos, a pesar de existir los controles especificados en los párrafos que preceden se evidencia novedades respecto de la ejecución de los contratos, la recepción de los mismos y la erogación indebida de fondos. El órgano de control establece observaciones que inclusive son incompatibles con los establecidos por la administración en el procedimiento de control interno.

Entonces el proceso de control interno que tiene que ser interconectado al parecer no cumple con su objetivo, contrario a lo que se menciona en cierta parte de la doctrina y la norma jurídica al hablar de sistema. Por ende queda en duda la forma como se protegió los recursos estatales, la definición queda como un postulado meramente ideal que no logra efectivizarse en la realidad. El control interno se encuentra unido por la definición normativa y doctrinaria creándose a través de la palabra únicamente.

A lo largo de la investigación se muestra que este procedimiento de control está vinculado directamente con el fin social, concepto que sirve de fundamento para justificar la ejecución de las obras. Por ende, si todos los controles fallan se termina afectando el derecho a la buena administración. Es decir que no se atiende de forma eficiente las necesidades de la sociedad, incumpliendo con el fin principal para el cual existe la administración pública que es el bienestar del ser humano.

Según el tratadista Jaime Rodríguez Arana, desde una visión antropocentrista, una de las características de la buena administración pública es la centralidad de la persona. El sujeto es el centro de la actuación de la administración, sus acciones deben llevar a

mejorar la forma de vida. Por lo tanto los asuntos deben ser tratados de la mejor forma técnica posible.¹

Así mismo Juan Carlos Cassagne considera que el contrato administrativo tiene dentro de sus elementos el interés general, la realización de un interés público relevante. En él se materializa la actuación de la administración pública. Por lo tanto este elemento debe ser protegido y controlado de forma eficiente.²

En el desarrollo de este trabajo se analiza también la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) misma que dentro del sistema de control externo determina a la auditoría como el elemento principal del mismo. Esta se aplica con posterioridad a la ejecución de las actividades efectuadas por las administraciones públicas. El Estado Ecuatoriano según la norma antes indicada utiliza generalmente el control posterior en busca de proteger los recursos y el cumplimiento de los objetivos de las instituciones. Frente a esto se ha tenido en cuenta lo mencionado por algunos tratadistas que consideran su efectividad y otros su poca eficiencia porque llega tarde. Entre estos se citan a:

Miriam Ivanega que considera que al control público le rodean una serie de mitos que se fundamentan en el desconocimiento, la confusión e ideología. Los que se han establecido como conocimientos con fuerza de verdad absoluta, entre los cuales tenemos: 1) mayor relevancia del control externo; 2) inutilidad del control interno por dependencia de los sujetos; 3) retroalimentación de los dos tipos de control; 4) efectividad del control previo y; 5) control externo inútil ya que llega tarde³, entre otros.

En esta reflexión desde una estructura negativa del razonamiento se resalta la importancia que tiene el control posterior. Este permite efectuar un verdadero control a la actuación de la administración pública, al considerar como mitos ciertas afirmaciones. Por ende se llega a la conclusión de que, el control previo prepara el arribo del posterior mismo que nunca llega tarde.

Luis Mesa respecto de los controles previo y preceptivo indica que estos se han convertido en factores que lesionan la independencia de los ordenadores de gasto. Hecho que ha provocado que se produzca la irresponsabilidad frente a las acciones que han

¹ Jaime Rodríguez Arana, "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica*, no 6 (2014): 25, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf>.

² Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Lexisnexis, 2004, 427-28

³ Miriam Ivanega, *Control Público* (Buenos Aires: Astrea, 2016), 64-5

realizado. Además que generan inconsistencias entre los informes generados de forma previa y posterior dentro de los mismos procedimientos.⁴

El análisis difiere con el efectuado en los párrafos anteriores. El concepto de sistema se deforma. Los controles efectuados por el mismo órgano de control en el antes y después puede generar inconsistencias. Este hecho provoca además que el funcionario que actúa sea irresponsable. Entonces en el examen se evidencia una falta de estructura en el caso de que el mismo órgano actúe en el antes y después.

Julio Comadira inspirado en un nuevo modelo de control interno lo define como un proceso integrado. El mismo forma parte de otros procesos y sirve de apoyo para una conducción superior. No solo debe ser un conjunto de acciones de carácter burocrático sino que por el contrario nos debe llevar a la eficiencia, eficacia y cumplimiento de las normas legales.⁵

Este autor presenta un mensaje más conciliador al utilizar el concepto de integralidad. En la realidad esto podría funcionar siempre que existan las herramientas precisas para establecer un verdadero ejercicio de auditoría que irrigue la mayor parte de la actuación de la administración.

Como se puede observar el tema del control está sujeto a diferentes acepciones. La explicación puede encontrarse en que esta responde a realidades concretas. Por lo tanto los controles se deben ajustar a la realidad de cada una de los Estados. El sistema de control debe responder a la estructura de las leyes, a los procedimientos de contratación con sus diferentes etapas así como a la forma en que se pretende ejecutar los contratos.

Este control para que funcione como un verdadero sistema debe responder a la problemática real de los contratos de obra. Se debe ubicar en los puntos específicos en los que se hace necesario efectuar el control, utilizando los diferentes elementos con los que se cuenta para llegar a contratar y ejecutar una obra en el Ecuador. Solo ahí podrá cumplir con el propósito para el que fue creada.

Entonces como ya se ha indicado en los párrafos anteriores, el objeto fundamental de esta tesis es analizar los elementos teóricos del control interno y externo, criticar la normativa vigente sobre el control en el Ecuador, su aplicación por parte de los órganos administrativos y aquellos que efectúan controles externos.

⁴ Luis Mesa Nieves. *La Actividad Contractual y la responsabilidad en la administración pública* (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002) ,105.

⁵Julio Comadira, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Lexisnexis, 2004), 761.

Es así que en el primer capítulo se realiza un análisis teórico de los temas de control, contrato de obra pública y el derecho a la buena administración. En este se busca vincular estos elementos como un sistema cuyo fin es la protección el recurso público.

En el segundo capítulo se efectúa una crítica a la normativa vigente teniendo en cuenta lo que dice la doctrina, Constitución (CE), Ley Orgánica de la Contraloría (LOCGE), su Reglamento (RLOCGE), Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCNCP), su Reglamento (RLOSNCNCP), y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFFP).

En el tercer capítulo se realiza un análisis de tres casos que han sido elegidos por la forma sui generis en la que se ha desarrollado la ejecución de los contratos. Este evidencia el colapso del sistema de control que concluye en la desprotección del recurso público, en obras que terminaron siendo rediseñadas y costando mucho más de lo que en un momento estaba presupuestado.

Capítulo primero

Epistemología del control: el control externo e interno como elementos de un mismo sistema

Mientras que las necesidades son múltiples e infinitas, los recursos para satisfacer esas necesidades son necesariamente limitados. De allí que, administrar este campo sea, precisamente, el arte de aplicar esos recursos escasos a la mayor cantidad de esas necesidades múltiples... Por el carácter limitado de los recursos disponibles resulta imposible que la Administración pueda atender simultáneamente a todas las necesidades existentes. Tiene que ponderar, elegir, optar, recurriendo a criterios de índole política, económica y aun de las técnicas provenientes tanto de las ciencias duras como sociales.⁶

En el presente capítulo se realiza un análisis del control interno en sus diferentes fases así como del control externo y las herramientas que este posee, para luego ubicarlos en el control de los contratos de obra pública. Específicamente se estudia el tema de los estudios y la fiscalización, así como el control que se efectúa en la fase anterior a la suscripción de los contratos.

En un segundo momento se desarrolla el efecto que estos producen en el gasto público, determinando cual debería ser el perfil de un Estado eficiente que actúen en virtud del interés de la colectividad. Así mismo se estudia, el derecho que tienen los ciudadanos a una buena administración. Este acápite busca reflexionar sobre la vinculación que debe tener un sistema de control que se adhiera al accionar de la administración de manera que desemboque en el beneficio de la colectividad.

1. El control interno un preámbulo del control posterior

La Real Academia de la Lengua define “preámbulo” como aquello que se dice antes de dar principio a lo que se trata de narrar, probar, mandar, pedir, etc., o *como un rodeo o digresión antes de entrar en materia o de empezar a decir claramente algo*. En

⁶ Oscar Aguilar, “Técnicas de control judicial en las decisiones de la administración económica”, en *Derecho administrativo y regulación económica*, ed. La Ley (Madrid: 2011), 584-5.

relación al derecho es aquel escrito que se antepone al articulado de una norma y en el que se motiva la expedición de la misma.

Al afirmar que el control interno es un preámbulo se lo hace en referencia a la segunda acepción, como aquel elemento que se desconecta del sistema de control pero que se encuentra presente, ya que legitimó la existencia de actos administrativos o la suscripción y ejecución de un contrato por ejemplo.

Según las normas vigentes en el Ecuador el control interno tiene el carácter de integral, es responsabilidad de la máxima autoridad y de sus funcionarios. Este tiene varios componentes entre los cuales se encuentran las actividades de control. Dentro de estas últimas se presenta el control previo que en la práctica ha tomado gran importancia.

La NCICGE en este sentido denominan “control previo al conjunto de procedimientos y acciones que adoptan los niveles directivos de las entidades, antes de tomar decisiones, para precautelar la correcta administración del talento humano, financieros y materiales”.⁷

La LOCGE determina que en el control previo “los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales”.⁸

En el RLCGE se determina que “constituye los mecanismos y procedimientos a aplicarse en cada una de las fases de un proceso, para determinar la legalidad, veracidad y conformidad con los presupuestos, planes operativos, y la documentación que respalde cada una de las actividades y la actuación de los servidores que participen en ellas”.⁹

La responsabilidad del control de acuerdo a lo establecido en la normativa antes indicada recae directamente en los niveles directivos y servidores de las instituciones. Estos sujetos serán los que deben establecer los procedimientos, acciones y mecanismos antes de la toma de decisiones y autorizaciones respectivas.

Entonces el control cae en un nivel de subjetividad al otorgar a la administración la competencia para establecer procedimientos y mecanismos. Procedimientos que pueden arrojar resultados incompatibles con los que aparezcan en el control posterior. Por

⁷ Ecuador CGE, *Acuerdo de la Contraloría General del Estado 39 en el que se expide las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009, norma 402-02.

⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art.12; letra a).

⁹ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 119, 07 de julio de 2003, art.17.

lo que este control se presenta como una digresión respecto del que se establecerá después de la ejecución.

Además, el mito de considerar la inutilidad del control interno por dependencia de los sujetos (según Miriam Ivanega) se torna en una realidad. Los elementos que fundamentan esta afirmación van más allá de la dependencia, apareciendo además la falta de un sujeto imparcial que revise la actuación de la administración con procedimientos y reglas claras que tengan como base el interés general.

La falta de precisión determinada en la normativa hace ver además que el control puede ejercerse antes de cada una de las fases de un proceso, de su autorización, ejecución o la toma de decisiones. Por lo que el control previo se transforma en un híbrido, lo que evidencia la falta de estructura y precisión en el mismo. Al respecto Miriam Ivanega dice:

Esta modalidad plantea un interrogante: previo o posterior ¿a qué? La contestación puede ser diversa, por ejemplo, a un acto administrativo de designación de un funcionario, de adjudicación de un contrato, del llamado a licitación pública, etc., a la suscripción de un contrato, o a una orden de pago, a un reglamento que autoriza un incremento tarifario, a la recepción provisora de una obra, a la conformidad de un servicio. Es decir que aquello que consideramos control previo puede ser entendido también como posterior o concomitante; todo dependerá de la ocasión de su ejercicio con relación a su objeto...¹⁰

Por lo tanto el control interno debe establecer una verdadera estructura, misma que permita ubicar el punto sensible de la actuación de la administración antes y después de la suscripción de un contrato de obra. La integralidad está en determinar esos puntos y no confundirlos con un control inútil de cada movimiento que realice la administración pública, convirtiéndose en un acto burocrático únicamente.

1.1. Fases del control interno

La administración pública frente a sus actuaciones realiza controles de legalidad, planificación, técnicos, etc. pero el control interno realmente ha dado mayor peso al realizado por las coordinaciones o direcciones Financieras. Éstas efectúan el control a través de tres componentes del sistema de administración financiera que son: presupuesto, contabilidad y tesorería, a pesar de la existencia de órganos de auditoría interna.

Antes de realizar las acciones encomendadas en cada uno de estos módulos se efectúan un control individual, muchas veces poco atinente al indicado en la norma y con exceso de formalidades. Es decir, no se ha logrado establecer un verdadero sistema de

¹⁰ Miriam Ivanega, *Control Público* (Buenos Aires: Astrea, 2016), 101.

control dejando a la libre interpretación lo establecido en la norma jurídica. El tratadista Héctor Villegas respecto del compromiso (acto que se realiza a través del módulo de presupuesto) dice lo siguiente:

El "compromiso" es el acto por el cual se afecta el gasto al crédito pertinente autorizado por el presupuesto. Es una medida de orden interno administrativo que produce el efecto de inmovilizar el importe respectivo, a fin de que no pueda utilizarse para fines diversos de los previstos en el presupuesto. La doctrina habla de autolimitación (Ingrosso) o de autoembargo (Bielsa), ya que, una vez comprometido el gasto, los fondos quedan imputados a él, con prohibición del ejecutor de darles otro destino.¹¹

Entonces el funcionario previo a realizar la acción descrita efectúa un control que se centra según las NCICGE en lo siguiente: “1. La operación financiera esté directamente relacionada con la misión de la entidad y con los programas, proyectos y actividades aprobados...2. La operación financiera reúna los requisitos legales pertinentes y necesarios para llevarla a cabo, que no existan restricciones legales sobre la misma.3. Exista la partida presupuestaria”.¹²

El otro módulo que forma parte del control interno es el que pertenece al de contabilidad gubernamental y que responde al devengado. El Manual de Finanzas Públicas lo define de la siguiente forma:

un gasto devengado implica, entre otras cosas, la liquidación del gasto y la simultánea emisión de la respectiva orden de pago, la cual debe efectivizarse dentro de los tres días hábiles del cumplimiento de la recepción de conformidad de los bienes o servicios oportunamente contratados, o de los requisitos administrativos dispuestos para los gastos sin contraprestación. Asimismo, implica la afectación definitiva de los créditos presupuestarios correspondientes¹³.

O través el funcionario antes de realizar la acción del devengado debe revisar y realizar el control, para esto debe tener en cuenta otros elementos descritos de forma taxativa en la norma:

1. Que la obligación o deuda sea veraz y corresponda a una transacción financiera que haya reunido los requisitos exigidos en la fase del control previo, que se haya registrado contablemente y contenga la autorización respectiva, así como mantenga su razonabilidad y exactitud aritmética.
2. Que los bienes o servicios recibidos guarden conformidad plena con la calidad y cantidad descritas o detalladas en la factura o en el contrato, en el ingreso a bodega o en el acta de recepción e informe técnico legalizados y que evidencien la obligación o deuda correspondiente.
3. Que la transacción no varíe con respecto a la propiedad, legalidad y conformidad con el presupuesto, establecidos al momento del control previo al compromiso efectuado.
4. Diagnóstico y evaluación preliminar de la planificación y programación de los presupuestos de ingresos.
5. La existencia de documentación debidamente clasificada y archivada
6. La corrección y legalidad

¹¹ Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 369.

¹² Ecuador, *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*, norma. 402-02.

¹³ Villegas, 429.

aplicadas en los aspectos formales y metodológicos del ingreso.⁷ La sujeción del hecho económico que genera el ingreso a las normas que rigen su proceso¹⁴.

Después de estos controles se procede con la erogación de fondos a través de tesorería, una vez que también se ha procedido con el control respectivo. Para Héctor Villegas el pago “no es únicamente la *operación material* de entrega del dinero, sino también una *operación jurídica* ya que el Tesoro no es ejecutor ciego de la orden de pago, sino un controlador de la "regularidad jurídica" del libramiento, que compromete su responsabilidad.¹⁵

Entonces de lo mencionado se colige que: 1) el peso del control interno está en el área financiera, esto responde efectivamente a que los sujetos actuantes deberán responder por cada una de sus acciones previo a la erogación total de los fondos. 2) La verificación o control realizado lo fundamentan en la norma establecida que respecto a ciertos elementos es demasiado general.

3) A pesar de que este control se lo ejecuta desde lo establecido en la norma, la generalidad de ésta y el hecho de que su ejercicio esté condicionado por una responsabilidad, en la práctica puede reflejar subjetividades y criterios diversos de las actuaciones realizadas respecto de la suscripción y ejecución de los contratos de obras. Estas acciones no necesariamente pueden implicar la protección del erario público y el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

2. ¿Control externo integrado o represivo?

Como se mencionó en párrafos anteriores el sistema de control está formado por dos elementos: 1) aquel que realizan las instituciones de forma interna y 2) el que se efectúa externamente por la Contraloría General del Estado u otras instituciones dentro de sus competencias. El control interno “tendrá como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado”.¹⁶

En base a lo dicho se entiende que: el control externo es la verificación de la actuación de los órganos de la administración, acción que tiene su fundamento en un primer control que nace del órgano controlado. Es decir, en aquel que en su momento

¹⁴ Ecuador, *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*, norma. 402-03

¹⁵ Villegas, 431.

¹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art.9.

autorizó la erogación de fondos teniendo como contraparte un contrato de obra pública que cumplió con el interés general y fue recibido a satisfacción.

el control interno configura un proceso que, junto a otros procesos, concurre en apoyo de la conducción superior de la jurisdicción o ente de que se trate. Las normas internacionales inspiradoras del nuevo modelo de control vigente, lo definen precisamente como “un proceso integrado a los procesos, y no un conjunto de pesados mecanismos burocráticos añadidos a los mismos [...]”¹⁷

Lo establecido por la norma y doctrina se convierte en un ideal, en la práctica se presenta de manera opuesta. El control interno se convierte en un conjunto lento y obtuso de trámites totalmente burocráticos que en nada aportan a la protección del recurso público, y lo que evidencian es el cumplimiento de una serie excesiva de formalidades.

Este hecho rompe con el sistema de control. El control externo llega sin ningún tipo de poyo y preparación de condiciones, debiendo primero entender la actuación de la administración para luego fiscalizar su actuación. Entonces, el control no es integral sino que por el contrario se maneja desde estructuras totalmente contrapuestas.

El control externo no tiene integrado aquel que fue efectuado por las administraciones públicas. Los dos atienden objetivos totalmente dispares. El asunto es claro cuando se observa que no existen antecedentes de control que determinen el camino que debe seguir aquellos que efectuarán el control posterior. Esas acciones se han consumido en cambios espurios que forman parte del expediente que será revisado.

2.1. La herramienta del control externo

El control externo se realiza utilizando como herramienta principal la auditoría gubernamental, misma que se presenta como un sistema estructurado con varios componentes. Este conjuga elementos como asesoría, prevención, asistencia, etc. incluyendo además el examen especial.

El control externo que realizará la Contraloría General del Estado se ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. La auditoría gubernamental realizada por la Contraloría General del Estado, consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos. La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o

¹⁷ Julio Comadira, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Lexisnexis, 2004), 763.

puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley.¹⁸

El resultado final del examen es un informe que contiene como elementos cardinales las conclusiones y recomendaciones, las que sirven para establecer un precedente y educar a la administración en su futuro accionar. Además, permiten establecer un régimen sancionador de acuerdo al nivel de responsabilidades de los funcionarios. En este sentido Mirian Ivanega dice lo siguiente:

El trabajo del auditor concluye con un informe, que debe ser comunicado al auditado y a las autoridades que indique la legislación. En efecto, recuérdese que la auditoría no es un control represivo, a través de ella no se persigue imponer sanción alguna, es una técnica en la cual se aplica el arte del profesional o profesionales actuantes.¹⁹

En el caso del Ecuador, los informes por lo general sirven de fundamento para establecer sanciones administrativas de acuerdo a la jerarquía y nivel de participación. La estructura orgánica de la CGE inclusive presenta una Subcontraloría de Responsabilidades cuya función principal es la gestión de predeterminaciones y Gestión de Responsabilidades Civiles y Administrativas. No existe un informe final que no implique determinación de responsabilidades.

Además, las recomendaciones emitidas en los informes son de cumplimiento obligatorio cuya inobservancia es objeto de sanción, así lo determina la LOCGE y el RLOCGE. En lo posterior, las administraciones sobre cuyas actuaciones se emitieron recomendaciones tienen que observarlas de forma obligatoria. La Máxima autoridad deberá establecer los mecanismos para la implementación y seguimiento de las mismas de forma inmediata.

De acuerdo a lo indicado en los párrafos precedentes, el elemento sancionador cumple un papel fundamental para el establecimiento de medidas correctivas establecidas en las recomendaciones, solamente con ese condicionante se puede asegurar la eficacia del control posterior. La administración a través de sus funcionarios deberá actuar teniendo como referencia el grado de sanción al que por incumplimiento está sometida.

Este elemento nos ubica en un contenido de carácter represivo del control posterior, por lo que no podrá ser totalmente efectivo respecto de la protección del

¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art.18.

¹⁹ Ivanega, *Control Público*, 172.

patrimonio estatal. Se pretende fiscalizar desde la sanción y no se establece precedentes que estructuren un verdadero sistema de control.

El control concebido de esta manera pretende corregir actuaciones aisladas respecto de órganos individuales. De ahí que existan inconsistencias en observaciones y recomendaciones realizadas sobre idénticas actuaciones.

La actuación de la administración pública de conformidad con la misión para la cual fue creada busca la satisfacción del interés general, por lo que el ente de control debe estructurar un verdadero sistema de precedentes. Éste no solo debe ubicarse en la emisión de recomendaciones sino que por el contrario deberá armar un sistema que ayude en los procedimientos y actuaciones que realizan los órganos de la administración.

Por ello, la necesidad de fijar mecanismos para que las recomendaciones no resulten meras expresiones de deseo, lo que obliga a replantear en primer lugar el rol de los organismos de control. Bajo este enfoque se supone (o debería suponerse) que la obligatoriedad pretendida ha de surgir de la relevancia que aquellos deben tener como instrumentos fundamentales en el desarrollo del actual estado de derecho.²⁰

La CGE en el desarrollo de su actuación debería establecer un catálogo de tipologías de actuación de la administración que provoquen afectación al fin público, esto le permitirá establecer mecanismos de regulación que aporte a un control más eficiente. No se puede educar y controlar desde aspectos separados. El tratadista Claudio Moraga Klenner considera que:

En esta clase de control de término se debiera poner acento en la verificación de aspectos bastante sensibles. Sólo por mencionar algunos, valga la siguiente lista de ideas, parámetros y criterios de fiscalización postcontractual: (i) cómo se ha ejecutado el contrato; (ii) como tomaron las partes sus respectivas decisiones durante la vigencia del contrato; (iii) qué factores internos y exógenos han influido en la manera de ejecutar el contrato; (iv) qué consecuencias negativas han resultado de la ejecución e inejecución del contrato, y (v) qué defectos fueron advertidos en la redacción de las estipulaciones contractuales, en la interpretación de sus cláusulas y en el entendimiento dado por las partes al texto del contrato.²¹

En este sentido el control posterior en el Ecuador actúa estableciendo una serie de precedentes que sirven de referencia para actuaciones futuras. Es decir, que establece un modelo enseñanza utilizando como elemento fundamental “la sanción”. El modelo de control en este sentido se enmarca en desarrollar enseñanzas para actuaciones futuras

²⁰ *Ibíd.*, 174-5.

²¹ Claudio Moraga Klenner, *Contratación administrativa* (Santiago: Editora e Imprenta Maval 2012), 85.

mismo que se aleja de su objetivo fundamental que es: “la protección del interés general y el recurso público”.

Finalmente, los controles de término son aquellos que se ejercen luego de ejecutado o terminado un contrato. Esta última clase de control, probablemente, es la que menos se desarrolla por la administración, no obstante que en las actuales condiciones de contratación administrativas, estos controles son esenciales para poder mejorar en el futuro los procedimientos contractuales, es decir, para poder transformar a la administración en un agente cada vez más eficiente y eficaz.²²

Entonces el control posterior tiene metas diferentes. Lo fundamental es educar a través de la represión. El fin no es la protección del recurso público en tiempo presente. El interés general queda desprotegido así como el derecho a la buena administración. Por ende, es necesario ubicar el control de la actuación de la administración desde otro paradigma.

Los controles de legalidad actúan regularmente de forma *ex post*, es decir, una vez que el contrato se encuentra adjudicado o perfeccionado. Los controles de mérito, por su parte, actúan indistintamente antes y después de perfeccionado el contrato, ya que su finalidad es verificar que exista un interés general o público vigente al momento de celebración del contrato así como durante su posterior cumplimiento.²³

Entonces lo fundamental es desarrollar un control que se ubique en tiempo real de manera que, antes de emitir actos de selección de proveedores y suscripción de contratos se observe la primacía del interés general. No se puede dejar la actuación del órgano de control para el final, ya cuando el recurso público ha sido utilizado y las obras están entregadas.

El control para la corrección de actuaciones futuras debe trasladarse al de la actuación en tiempo presente. El órgano de control integrado con el que se efectúa internamente debe operar antes de que se produzca la actuación de la administración. La legislación chilena habla de la toma de razón por ejemplo:

La toma de razón es por regla general un control preventivo, porque se ejerce antes de que el acto nazca a la vida del derecho y, en todo caso, antes de su cumplimiento. El objetivo de la toma de razón es imposibilitar la dictación de actos de la Administración que no se concilien con el ordenamiento jurídico en su integridad. La toma de razón es, adicionalmente, un control de *juridicidad*, porque su objeto es velar que el ordenamiento no sea infringido a través de resoluciones o decretos antijurídicos de la Administración.²⁴

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

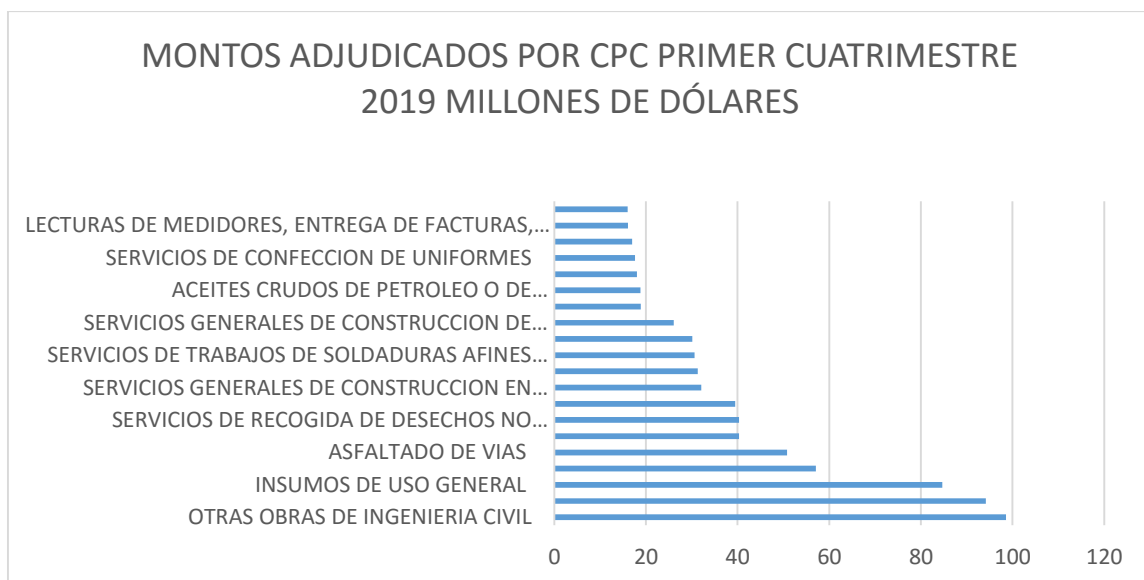
²⁴ *Ibíd.*, 87.

Ergo en la realidad ecuatoriana no tenemos un control integrado sino un control represivo. Este busca fundamentalmente, si es que así se puede llamar, el establecimiento de directrices para actuaciones futuras del órgano que fue auditado. El control queda únicamente en precedentes de carácter individual cuyo cumplimiento será verificado a través de la sanción.

3. El control de los contratos de obra pública

Los contratos de obra pública son los que mayor erogación de fondos implican dentro de la actividad contractual de un Estado. De acuerdo al reporte del sistema del Servicio Nacional de Contratación Pública (Sercop) en el clasificador central de productos (Cpc), en los que se encuentran habilitados los proveedores que prestan “servicios de construcción”, “otras obras de ingeniería civil” y “construcción”, en el primer cuatrimestre del año 2019 se adjudicaron rubros por un valor de 98,6 millones de dólares en referencia a la adquisición de bienes o contratación de servicios, sin tener en cuenta servicios generales de construcción y asfaltado de vías que también presentan rubros altos.

Tabla 1
Montos de procedimientos contratados en el primer cuatrimestre del año 2019



Fuente: SERCOP
Elaboración propia

Estos valores reflejan además la existencia aproximada de un número similar de contratos para estudios y fiscalización esto ya que los mismos van unidos con los de contratación de obra pública. Ergo, aquello implicará un gasto inclusive mayor del utilizado para la ejecución de las obras.

Los datos nos indican que en el Ecuador existe una gran erogación de fondos por concepto de obras públicas, pero a la vez también se observa que la mayor cantidad de problemas se encuentran en estas. En un diagnóstico de obras efectuados en el Ecuador se ubicaron “a los sectores: Social, Seguridad, Productivo, Infraestructura, Exterior, Hábitat y Otros, con resultados que identifican 640 obras con problemas relacionados con lo financiero, técnico, legal y coordinación de entidades”.²⁵ Las cifras así lo describen:

Tabla 2
Obras por sector

Por sector	Número
Social	258
Seguridad	245
Productivo	44
Infraestructura	57
Exterior	17
Hábitat	15
Empresas Públicas, Función Judicial, Inmobiliar	4

Fuente: Diario La Hora

Elaboración propia

Tabla 3
Tipo de obra

Por tipo de obra	Número
Unidades de policía comunitaria	211
Centros de salud y hospitales	113
Unidades educativas	89
Viabilidad	53
Unidades agrícolas, puertos pesqueros, centros de acopio	44
Centros infantiles	24
Otros	106

Fuente: Diario La Hora

Elaboración propia

²⁵ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, “El Gobierno Nacional presentó un diagnóstico de las obras de infraestructura en el país”, *Senplades*, accedido 26 de abril de 2019, párr. 2, <http://www.planificacion.gob.ec/el-gobierno-nacional-presento-un-diagnostico-de-las-obras-de-infraestructura-en-el-pais/>

Los problemas en estas arrojaron la necesidad de recursos que exceden a los establecidos en los presupuestos referenciales, estos servirán para su habilitación y funcionamiento así como, para efectuar arreglos que no fueron detectados en su momento. En concordancia con lo mencionado se debe decir que para “estas 640 obras, contratadas desde 2009, se previó una inversión original de \$ 2.138 millones, pero se incrementó a \$ 3.975 millones y aún falta la liquidación de aproximadamente \$ 956 millones”.²⁶

Las cifras prueban que el sistema de control falló, este no pudo cumplir con el objetivo para el cual fue creado. El primer afectado es el ciudadano por la relación directa que tienen con la construcción de la obra y el gasto. Juan Carlos Expósito Vélez considera también que “el interés público es lo único que por ser imperativo legal persigue la Administración en cualquier clase de contrato que pretenda celebrar”.²⁷

3.1. El contrato de obra pública, estudios y fiscalización

El contrato de obra pública es el arquetipo de los demás contratos teniendo como antecedente fundamental el estudio técnico y como complemento la fiscalización. El primero permitirá analizar la factibilidad técnica y económica; determinar los diseños; realizar el análisis de desagregación tecnológica respecto de la ejecución de la obra. De acuerdo a lo determinado en la LOSNCP, los consultores o funcionarios serán responsables solidariamente con la Máxima Autoridad de la institución por su aplicación posterior.

El estudio técnico permite afinar el presupuesto referencial de la obra así como el tiempo de ejecución de la misma, justificar los factores sociales y el costo beneficio que ésta implica. El aspecto estético, paisajístico y el nivel de impacto ambiental que se producirá por la construcción de la obra forman parte esencial de su aporte.

La Codificación de Resoluciones del SERCOP ató al contratista que realizó el estudio técnico a la suscripción de un contrato de asesoramiento para la ejecución de la obra, servicio que implica una nueva erogación de fondos. La obligación condicional suspensiva, la presentación de una letra de cambio por el 5% del valor de los estudios y

²⁶ Ecuador, “640 de 737 obras tienen problemas, *El Telégrafo*, 25 de octubre de 2017, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/640-de-737-obras-tienen-problemas> www.eltelegrafo.com.ec

²⁷ Juan Carlos Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 250.

la declaratoria de contratista incumplido hacen que este aparezca de forma obligatoria en la ejecución de la obra.

Este hecho permite que se traslade el espíritu del estudio a la obra, obligando al contratista a presenciar la ejecución de las ideas entregadas en un primer momento. Este elemento puede ser positivo porque está presente el autor de la obra, pero si es que se mira desde otro punto de vista puede ocasionar que este pierda su imparcialidad y oculte ciertos vicios contenidos en los estudios iniciales. Además, existió una comisión que recibió los productos por lo cual los mismos se encuentran a satisfacción de la entidad.

El tratadista Moraga Klenner en una compilación de ideas de varios autores explica:

Supuesto que la Administración prioriza una necesidad pública que debe ser satisfecha y concluye que existe posibilidades de hacerlo así como fondos disponibles al efecto, la fase de estudios y proyectos tiene por objeto permitir a la Administración determinar el objeto y contenido específico del contrato que se pretende perfeccionar, así como la factibilidad económica, técnica y jurídica de dicho objeto, de manera que él, además de ser lícito, posible determinable o determinado y cierto, quede también completamente definido a través de unos estudios, diseños y proyectos plenos, cabales integrales, que no generen dudas en cuanto al objeto a contratar o cuya materialización resulte frustrante en virtud de sus deficiencias.²⁸

Este hecho permite que la administración actúe de forma segura el momento de elaborar la bases del proceso de contratación evitando la improvisación. Los estudios además le permitirá escoger la mejor oferta, que de conformidad con la LOSNCP es aquella que presenta las mejores condiciones, sin que esto implique necesariamente el precio más bajo.

Asimismo, la seguridad radica en que la entidad contratante por medio de la comisión técnica recibió a entera satisfacción la consultoría con la que se contrató los estudios. Estos ya fueron analizados para la recepción respectiva, por lo que se convierten en una garantía al momento de contratar.

El segundo de los elementos que acompaña a los contratos de obra es la figura de la fiscalización. Al respecto la ley, reglamento y la codificación de resoluciones del SERCOP no desarrollan esta institución jurídica de forma independiente, esta aparece asociada a la figura del administrador del contrato determinada de forma escueta en el artículo 121 de la LOSNCP.

²⁸ *Ibíd.*, 156.

La fiscalización funciona como un control concurrente, la cual debe verificar que se proceda con la ejecución de la obra de conformidad con lo solicitado por la entidad en las bases de la licitación, así como en la oferta presentada. Además, deberá autorizar la procedencia o no de ciertas acciones que se presenten en el desarrollo de la contratación.

La figura del fiscalizador es importante ya que: 1) efectúa el acompañamiento en tiempo real de la ejecución de una obra; 2) permite evidenciar, asegurar que lo descrito en los documentos se encuentra plasmado en la estructura física que en su momento será recibida por la administración y utilizada por los interesados.

Para Martínez Tapia, “El control técnico se dirige a comprobar que el proyecto se lleva de acuerdo con la redacción del mismo. Materiales y sus precios, así como el cumplimiento de los plazos son vitales para la buena marcha y buen fin del contrato administrativo adoptado”.²⁹

La figura del fiscalizador se define en las condiciones generales de los pliegos de obra. Estos determinan que debe canalizar y coordinar cada una de las obligaciones contractuales convenidas, estando autorizado para realizar las gestiones inherentes a su ejecución. Debe velar por el oportuno y cabal cumplimiento de cada una de las obligaciones contractuales, efectuando acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados, así como impone multas que serán comunicadas al Administrador del Contrato.³⁰

Entonces como se menciona en los párrafos anteriores el estudio técnico permite elaborar las bases del procedimiento de contratación. Este permite emprender la búsqueda del mejor proveedor que se obligue a ejecutar lo solicitado por la entidad bajo ciertos condicionamientos, con el acompañamiento en tiempo real del Administrador y Fiscalizador.

3.2. El control en la fase anterior a la suscripción del contrato

La administración pública antes de la suscripción de un contrato de obra y contando con los estudios definitivos efectúa un procedimiento. El resultado final de éste es contar con un oferente idóneo. El mismo consta de una fase preparatoria y precontractual. La primera se ubica en el centro de la administración y la segunda en una

²⁹ Ramón Martínez Tapia, *El contrato de obras*, *Revista española de financiación y colectividad*, Vol. XIX, No 60, (1989): 799 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2652858.pdf>

³⁰ Ecuador, *Modelo de Pliegos de Contratación de Obras*, Sección III, No 3.1.11.

interacción con aquellos proveedores interesados en ejecutar el contrato que presentarán sus ofertas y acreditarán su experiencia. Estas serán valoradas por el órgano contratante de acuerdo a las condiciones establecidas en las bases.

En esta etapa es necesario apuntar que la Administración, con base en su poder oficioso, ejecuta el actuar contractual iniciándolo con los distintos anuncios o invitaciones, ya sea de la licitación, del concurso, de la subasta o del procedimiento directo o negociado, de donde se desprende que el interesado en contratar con la Administración no accede directamente a la condición de contratista, sino que hace parte, inmiscuyéndose, en un proceso de selección de contratistas, que para todos los efectos es un procedimiento administrativo.³¹

La fase preparatoria tiene un punto esencial, que inclusive debería estar sustentado en los estudios. Éste es la justificación de la necesidad de la contratación. El Estado no puede invertir sus recursos en contratos que no respondan a necesidades reales. La necesidad debe tener tres características: 1) Realidad; 2) Precisión; y 3) factibilidad entendidas en el sentido textual de su acepción.

Por lo general las entidades contratantes plasman esta necesidad en los informes técnicos y los términos de referencia, misma que se traslada a la resolución de inicio. Entonces tenemos tres documentos en los que se puede demostrar este hecho. La Codificación de Resoluciones del SERCOP sobre el tema dice:

La definición del objeto de contratación deberá contar con la debida justificación técnica, reflejada en las especificaciones técnicas o términos de referencia, por lo que, los componentes del objeto de contratación deberán guardar una relación o vinculación razonable, acorde a las necesidades institucionales de la entidad contratante, y que de ninguna manera propendan a un tratamiento diferenciado o discriminatorio de los proveedores del Estado.³²

La resolución suscrita por la máxima autoridad es el acto administrativo que habilita el inicio del procedimiento de contratación validando sus condiciones. Esta deberá ser debidamente motivada cumpliendo con los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Ahí se encuentra el inicio del camino cuyo fin será el acuerdo de voluntades.

Por lo general son las Direcciones y Coordinaciones Jurídicas de las instituciones las que realizan el control de legalidad de estos actos. Aquellos revisan la conformidad de los documentos constantes en los expedientes con la norma, la procedencia de la

³¹ Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español*, 439.

³² Ecuador, Codificación y actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, art.104.1.

contratación en relación con el sustento técnico y la delimitación del objeto contractual.

Al respecto Expósito Vélez dice:

De acuerdo con lo establecido por el artículo 24 ECE, los procedimientos allí enunciados son los que enmarcan y orientan todo el sistema contractual de la selección. En efecto, la norma en comento acude a reglas y principios generales sin determinar un grupo específico, siendo más amplio este régimen contractual que el anterior; claro está, siempre garantizando que la etapa precontractual sea inmaculada; esto es, que, previo a la celebración del contrato, la Administración debe presidir la realización de pasos y fórmulas que hemos descrito anteriormente, concretando así los procedimientos bajo el manto legal de las licitaciones o concursos, y de la contratación directa, de acuerdo con la cuantía del mismo, de la naturaleza del objeto del contrato o de la actividad que desarrolla el sujeto público quiere contratar o de la especialidad del sujeto.³³

El trámite del procedimiento de contratación también obliga el cumplimiento de ciertos parámetros de carácter presupuestario que van ligados al tema de planificación. Estos se efectivizan en la emisión de certificaciones que indican la existencia de la planificación previa y de los recursos correspondientes para el cumplimiento de la obligación que va asumir la administración.

Los artículos 24 de la LOSNCP, 27 del RGLOSNCP, y 133 de la Codificación de las Resoluciones del SERCOP señalan la obligatoriedad de contar con una certificación presupuestaria antes del inicio de un procedimiento de contratación pública. Las Direcciones de Planificación y Financieras son las encargadas de emitir estos documentos.

Estos instrumentos están vinculados con el Plan Anual de Contrataciones (PAC). Documento que las instituciones las manejan virtualmente a través del sistema nacional de contratación pública y cuya reforma debe ser autorizada por el funcionario competente. En el PAC se encuentran todas las contrataciones con su respectivo ítem presupuestario. Estos puede ser vinculados a certificaciones plurianuales o consolidados entre sí para alcanzar los límites del presupuesto referencial.

El control de cumplimiento se efectúa de forma electrónica a través de la plataforma de contratación pública. Esta se encuentra interconectada con el sistema integrado de gestión financiera que vincula la certificación presupuestaria con el PAC de la institución respectiva.

El control de estos elementos es bastante efectivo ya que en el caso de no contar con los recursos y no tener planificada la contratación simplemente no se puede iniciar el

³³ Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español*, 442.

procedimiento de contratación. El sistema virtual hace que las instituciones obligatoriamente cumplan con estos parámetros. Esto permitirá generar los pliegos y publicar el procedimiento para la participación de los proveedores.

Los pliegos del procedimiento de contratación son el punto de referencia sobre el cual girarán la participación de los oferentes, sobre aquellos se presentarán las propuestas. En estos se encuentran contenidos: la convocatoria, objeto de la contratación, presupuesto referencial, especificaciones técnicas, objetivos, alcance, metodología de trabajo, productos esperados, plazo, personal técnico, forma de pago, cronograma del procedimiento, plazo, garantías, anticipo, evaluación de la oferta, información financiera y obligaciones. “El pliego de condiciones establece las normas que van a regular la etapa precontractual y las reglas que deberán cumplir la administración y los oferentes para una selección objetiva”.³⁴

Expósito Vélez se refiere a los pliegos de contratación de la siguiente manera:

También llamado término de referencia, se constituye en el documento determinante y medular de todo el procedimiento de contratación cuando a él se recurre por expreso mandato de la ley. Atendiendo, como es obvio y natural, tal como está contemplado el sistema objetivo de contratación colombiano y español, al principio de transparencia, es el documento que elabora la entidad pública (*motu proprio* o contrata para ello) que contiene las reglas generales e impersonales que rigen el procedimiento de licitación y de adjudicación; y por supuesto las condiciones del vínculo contractual. Tiene el suficiente *ius cogens*: es por ello que es llamado la ley del contrato ya que contiene de antemano y de manera exacta las reglas del juego, esto es, los criterios y requisitos que han de seguir todo el procedimiento selectivo.³⁵

Los pliegos de contratación como lo menciona el tratadista son en definitiva los mismos términos de referencia. A pesar de que, la norma establece ciertos límites para el establecimiento de condiciones, las instituciones tienen cierto grado de libertad para elaborarlos.

La administración dispone de libertad de valoración para la configuración del pliego de condiciones, dentro de los parámetros generales señalados en la ley y el reglamento, y conforme a los requerimientos de cada proceso de selección. Por tal razón, se ha señalado que la administración ejerce y mantiene una facultad discrecional para su configuración, para ponderar los hechos, intereses, derechos y principios jurídicos comprometidos en un caso concreto y para una determinada solución. La administración tiene un espacio libre para elegir como posible

³⁴ Edgar González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 87.

³⁵ *Ibíd.*, 156.

cualquiera de las alternativas que resuelvan el caso, con un margen de libertad de valoración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones y los criterios y reglas que orientarán el proceso de selección.³⁶

La administración frente a esta libertad no puede dejar de apegarse a los límites establecidos por los principios y las normas que rigen la contratación pública, teniendo siempre en cuenta que es el interés general y el derecho a una buena administración los que están en juego.

La ley no determina ni puede determinar el contenido preciso y detallado de los pliegos de condiciones, por razones de eficacia y por la imposibilidad de prever con exactitud los derechos, reglas y obligaciones propios de las particularidades del objeto por contratar. Por ello, se otorga una facultad discrecional para incluir en el proceso y en los contratos las condiciones lícitas que considere convenientes y necesarias, con guarda del principio de legalidad, es decir que no estén prohibidas por reglamento o por la ley.³⁷

Es necesario también pensar en el alcance de los pliegos de condiciones ya que, no solamente llegan a la fase precontractual de selección del proveedor. Estos van a estar presentes al cien por ciento en la suscripción del contrato y en la ejecución. La administración y el oferente no pueden desconocer el contenido de estos el momento que se proceda a generar las obligaciones y a ejecutarlas.

El contenido está omnipresente en las diferentes acciones, apareciendo ciertas excepciones que van unidas directamente al interés general. “La mutabilidad del objeto y del contenido del contrato resulta necesaria en la ejecución, para adecuarla al interés público como fin del contrato”.³⁸

El control que ha desarrollado la administración previa a generar los pliegos, como se mencionó en párrafos anteriores, es el referente a la emisión de las certificaciones: 1) presupuestaria y 2) plan anual de contrataciones. Su existencia permitirá la elaboración, así como la publicación de los mismos en el sistema de contratación del Estado.

Este primer control, que solamente se efectúan aquellos organismos que pertenecen a la administración central, obliga a la administración pública a contar con los fondos que posibiliten realizar los pagos al proveedor; conminándole también a realizar una planificación de los procedimientos contractuales a ser ejecutados dentro de un

³⁶ González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, 87.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*, 68

periodo fiscal. Es decir que, el órgano administrativo de forma real deberá contar con estos dos elementos.

En este sentido estaríamos hablando de un control concurrente virtual. Este se efectúa a través de la utilización de mecanismos informáticos que obligan a la administración al cumplimiento de los requisitos determinados en la ley. La ley impone el uso de herramientas informáticas que configuradas de tal manera controlan la realización de ciertas acciones bloqueando el acceso en caso de incumplimiento.

La normativa actual también a través de las Resoluciones emitidas por el SERCOP establece límites a varios elementos contenidos en los pliegos. Es así que, en base a umbrales se ha considerado rangos de tiempo en la fase precontractual para las preguntas respuestas y aclaraciones, presentación de ofertas y convalidación de errores de forma.

De la misma manera de acuerdo al presupuesto establecido se ha determinado límites para el cumplimiento de experiencia general y específica, además se ha considerado horarios para la publicación de los procedimientos en el sistema de contratación del Estado.

Con estos mecanismos se pretende mejorar la concurrencia de oferentes en los procesos licitatorios. Esto ayuda a las entidades contratantes a elegir de un mayor número de propuestas la que mejor convenga a los intereses generales, teniendo como referente otros elementos que no sea únicamente el precio.

La norma también ha previsto que se delimite de forma exacta el objeto del contrato. Este debe estar asociado al código central del producto CPC de forma precisa de manera que, las invitaciones sean receptadas por aquellos proveedores inscritos que puedan efectivamente prestar los servicios.

Además evita que, las administraciones utilicen CPC para la compra de productos restringidos sin autorización previa. Por lo general, la práctica de las instituciones es utilizar un CPC que no exige requisitos para comprar productos que exigen el cumplimiento de condiciones especiales. Igual tenemos, la presencia de un control en tiempo real que exige el cumplimiento de requisitos habilitantes y completos. Es decir que, una vez que sean obtenidos se levanta la restricción y permite que se proceda con el desarrollo del procedimiento de compras.

Una vez superados todos estos controles, la administración publica el procedimiento e invita a todos los proveedores que se encuentran inscritos en el CPC con el cual se determinó el objeto de la contratación. Desde este momento será la comisión técnica la responsable de definir el proveedor que cumpla con las condiciones

establecidas en los pliegos. El documento final es el informe que permita decidir la adjudicación del contrato a la máxima autoridad.

Ésta deberá efectuar una evaluación de las ofertas presentadas de conformidad con las condiciones establecidas en los pliegos. La misma podrá solicitar inclusive que se convaliden ciertos errores de forma, así como responder a las preguntas efectuadas por los interesados y aclarar los pliegos en el caso de existir inconsistencias si fuera el caso.

La entidad contratante en cumplimiento del principio de transparencia y trato justo debe proceder con la emisión de las respuestas y aclaraciones. Estas permitirán que exista precisión el momento de presentar las ofertas, las cuales se deberán adecuar a los condiciones del pliego que pudieron haber sido modificadas. Moraga Klenner al respecto dice lo siguiente:

el ente licitante permite a los interesados que formulen consultas o pidan aclaraciones al texto, sentido y alcance de las bases de licitación y sus documentos complementarios o anexos, las que deben ser contestadas e informadas por el ente licitante a todos quienes participan en el concurso, sin importar si han formulado o no consultas. Estas respuestas se emiten por medio de lo que se conoce como circulares aclaratorias.³⁹

Esta fase es importante ya que se establece un trato directo con todos los proveedores que están interesados en participar. En este sentido, la administración está sometida a un control realizado externamente por los proveedores calificados en el CPC para prestar el servicio. El órgano de la administración podrá en esta etapa ajustar los elementos contenidos en el pliego excepto el objeto del contrato y el presupuesto referencial.

“Consideramos que tampoco es posible una modificación sobre la necesidad o el objeto que pretende satisfacer la administración en los términos que se han analizado: sobre los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección; sobre los factores de selección o sobre la cantidad o valor de las prestaciones”.⁴⁰ Entonces

[e]l periodo de las consultas y aclaraciones es de vital importancia para la Administración, a lo menos por las dos siguientes razones: (i) junto con las visitas a terreno y demás instancias formales establecidas en las bases de la licitación, es una de las pocas oportunidades en que se puede establecer un recíproco y legítimo contacto con los licitadores...(ii) en este momento, la Administración tiene atribución para definir completamente el sentido de las normas contractuales y técnica del contrato y, al mismo tiempo, introducirse modificaciones que fueren menester con motivos de cláusulas

³⁹ Moraga Klenner, *Contratación administrativa*, 172.

⁴⁰ González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, 241.

dudosas, obscuras, vagas, o contradictorias a ante omisiones que durante la licitación han podido ser advertidas por los licitadores o por la propia administración.⁴¹

Después de esta etapa quedarán definitivamente establecidos los lineamientos de participación. El mecanismo que conjuntamente ha sido establecido para evitar se vulnere el principio de concurrencia, en el caso de existir variación de las bases del procedimiento de contratación, es la extensión de los plazos para la presentación de las ofertas conforme a ciertos rangos.

La actuación de la comisión técnica será objeto de control posterior únicamente. Ésta funciona de forma independiente con fundamento en los documentos precontractuales, principalmente en los estudios y los pliegos. Su actuación permitirá subsanar ciertos contenidos que pueden provocar dificultades el momento de la calificación y ulterior adjudicación del contrato.

Una vez delineado de forma clara el contenido de los pliegos viene la presentación de las ofertas. Éstas deben contener todas las condiciones establecidas en las bases. Muchas de las veces, los requisitos son bastante engorrosos, compuestos de excesiva formalidad y poco serviciales respecto del tipo de proveedor que se pretende encontrar. Edgar González al respecto indica:

La presentación de una oferta se ha convertido en una carga excesiva e innecesaria de aportes documentales, con exigencias formales que suponen un obstáculo para una mayor concurrencia, y es contraria al desarrollo eficiente del proceso de selección. Además el mismo proponente es obligado a presentar la misma documentación en los diferentes procesos de selección que adelanta la entidad, con exceso de trámites y dilaciones.⁴²

La administración pública, ni siquiera con el objeto de buscar el proveedor más idóneo para la prestación el servicio, sino por costumbre o buscando fundamentar en vanos ideales la selección de un proveedor, se ha propuesto exigir el cumplimiento de muchos requisitos de forma. Hecho que se debería reglamentar estableciendo únicamente aquellos que sí permitan definirlo como el mejor en propuestas de calidad y experiencia de cumplimiento.

Las ofertas deben ser presentadas por los interesados dentro del plazo establecido para el efecto. La codificación de Resoluciones del SERCOP establece de conformidad con el presupuesto establecido para la compra el tiempo para la entrega, esto con el objeto

⁴¹ Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español*, 173.

⁴² González López, *El pliego de condiciones en la contratación estatal*, 212.

de que no se vea afectado el derecho de los oferentes a la participación en los procedimientos de contratación de obra.

La LOSNCP obliga a las entidades contratantes a utilizar el módulo facilitador de contratación (MFC) para el desarrollo de procedimientos de contratación que corresponden al régimen común. A través de éste se estructuran los plazos para el avance de las diferentes etapas. Pero existe un desfase, los límites establecidos en la normativa no se han adecuado al MFC para la elaboración de los pliegos, lo que no permite cumplir con lo establecido en la norma. En este sentido falla el control establecido para el tema de la presentación de las ofertas.

La oferta es elaborada en el MFC para proveedores del Estado. Este permite que la oferta se adhiera a cada uno de los requerimientos solicitados por la entidad, en ella se anexa los documentos de respaldo que acreditan la información proporcionada en los formularios de la oferta. En estricto sentido el MFC arrojará la estructura de la oferta con los formularios respectivos.

La oferta debe ser publicada en el sistema oficial de contratación del Estado en virtud del principio de transparencia. Por lo general las ofertas publicadas solamente pueden ser visualizadas con el MFC que manejan las instituciones del Estado. Por lo que, el momento de revisar la oferta la entidad necesita la presentación de la oferta física debidamente suscrita por el proponente inscrito en el CPC. Al respecto Moraga Klenner dice:

Los licitadores o participantes a quienes no les afecte alguna inhabilidad están en condiciones de presentar ofertas al órgano o ente licitante satisfaciendo todas las exigencias y requerimientos sancionados por las propias bases de licitación para dicho efecto, referidas especialmente al lugar y fecha de presentación de la oferta, idioma en la que se debe expresar la oferta, formato de ella, suscripción de formularios o anexos de declaraciones del oferente y del contenido de la oferta misma y número de sobres en el que debe presentarse.⁴³

Una vez presentada la oferta, la comisión técnica procederá con su apertura, este acto según lo establecido en la norma debe ser público. Pero generalmente, las ofertas son entregadas en la secretaría de la comisión y basta la presencia de sus miembros para realizar esta acción. Al final se deja constancia del número de fojas y hora de recepción de las mismas en un documento. Moraga Klenner sobre el tema indica:

Este acto comprende distintas actuaciones, ya de parte de los licitadores, ya de parte de la administración, que bien pueden sintetizarse en: *la presentación material de las ofertas*

⁴³ Moraga Klenner, *Contratación administrativa*, 174.

por parte de esos licitadores; *la recepción material* de las mismas por parte del órgano licitante actuando normalmente a través de dicha comisión ad hoc; la *apertura de los sobres* que contienen la oferta; las observaciones que pueden formular la propia Administración, así como los demás licitadores respecto de la oferta presentada por uno o más de sus oponentes; y *el levantamiento y suscripción de un acta* de recepción de las ofertas, que debe contener los datos necesarios, a lo menos, para individualizar las propuestas.⁴⁴

Enseguida, la comisión técnica procederá a revisar las ofertas presentadas. En primer momento (en el caso de existir) se procederá con la convalidación de los errores de forma. Posterior aquello se efectuará un análisis de conformidad con la metodología de evaluación de los pliegos. El resultado de la evaluación es el informe final previo a la adjudicación.

La evaluación de la oferta se desarrolla con base en la metodología establecida. Ésta se elaboró para buscar el oferente que entregue el mejor servicio en términos de calidad y costo. A pesar de aquello, la actuación de la administración presenta cierto margen de discrecionalidad para la elaboración del informe final. La comisión técnica debe tener presente que la oferta seleccionada será aquella que presente la mejor propuesta en cuestiones técnicas, legales, financieras, sin que la referencia sea el precio más bajo.

Como se dice en el párrafo anterior esta comisión deberá medir el nivel de cumplimiento de las ofertas presentadas descubriendo en el fondo la capacidad técnica y económica para el cumplimiento del contrato. Mediante este análisis se escogerá el proveedor que entregue la obra dentro del plazo y en las condiciones establecidas en las bases del concurso.

El informe emitido describirá de forma precisa las características de la propuesta para que la máxima autoridad pueda crear su voluntad y emitir el acto administrativo de adjudicación. Este trabajo representa todo un esfuerzo intelectual de armar una estructura argumentativa de la cual no se desprendan argumentos falaces. Es verdad que, la decisión se tomará únicamente en base a documentos pero debe ser tanta la habilidad de análisis que permita trasladarlo a la realidad.

El control externo de esta acción será efectuado posteriormente por el órgano competente. Éste a posteriori calificará que tan acertado fue el proceso de selección. La entrega final del producto, si es que este se ha dado, se convierte en elemento central para

⁴⁴ *Ibíd.*, 175.

determinar la actuación positiva de la comisión técnica al momento de emitir su recomendación. El control interno de igual manera actuará en las mismas circunstancias.

Con fundamento en el informe presentado por la comisión técnica se emite el acto administrativo de adjudicación. A través de éste se selecciona el proveedor más idóneo para que se convierta en contratista del Estado. “En otras palabras, la adjudicación es el acto administrativo que dicta el ente licitante (que toma la forma de resolución, simple decreto, decreto supremo, decreto alcaldicio, etc.) por el cual la Administración elige a quien va a ser su contratante”.⁴⁵

La característica fundamental de este acto por disposición constitucional es la motivación. “Como es sabido, la motivación -en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la administración a emitir el acto administrativo- (que además debe consignar los antecedentes de hecho y derecho) constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación al plano exterior”.⁴⁶

En este acto administrativo se consolida todas las acciones realizadas en la etapa precontractual. El fin de ésta fue crear todo un escenario técnico-legal que permita estructurar la voluntad de la administración. El mismo reflejará con base en todos los documentos el camino desarrollado hasta llegar a seleccionar el adjudicatario. Al respecto el tratadista Expósito Vélez dice:

Aquí, en la actividad precontractual del Estado es quizá donde mayor énfasis pone el poder administrativo que reina en su actuar y da lugar las más de las veces al producto final llamado acto administrativo. Estamos entonces, afirmando (como en efecto lo hemos sostenido al comienzo de este capítulo) que toda la actuación que se gesta alrededor de la actividad contractual del Estado, desde su concepción hasta su culminación-por regla general-, es fruto de una verdadera actuación administrativa; es así como, al estar sosteniendo esto con ahínco e insistencia, podremos decir que todos y cada uno de los actos que componen dicha etapa son en su esencia de incalculable valor, hasta el punto de considerarlos el haz de las obligaciones y derechos de las partes en la relación contractual del Estado...⁴⁷

La característica principal de este acto administrativo es además la discrecionalidad, la que de conformidad con el informe emitido por la comisión técnica puede ser amplia o estrecha si éste es verdaderamente exhaustivo. Por todo aquello la

⁴⁵ *Ibíd.*, 194.

⁴⁶ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 204.

⁴⁷ Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español*, 414.

máxima autoridad deberá definir el oferente que cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la administración se convierte en contratista.

De conformidad con la LOSNCP “la máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo”⁴⁸. En el caso de la contratación de obras públicas el criterio de adjudicación se refiere a la “oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección.”⁴⁹

En el caso de licitaciones internacionales las cuales son financiadas por organismos extranjeros, los procedimientos deberán atenerse a las directrices y políticas de los organismos de financiamiento. Es así que existen las Políticas⁵⁰ para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo así como las Directrices⁵¹ para la adquisición de contratos financiados por la AFD (Agence Française de Développement) en países extranjeros, por ejemplo.

En el caso de estos la entidad contratante deberá adjudicar a la oferta que haya sido evaluada como la más baja, teniendo en cuenta los descuentos y el cumplimiento de los requisitos mínimos. Entonces se determina que entre las normas nacionales y las directrices de los organismos prestamistas existe un criterio diferente que en el caso de las segundas es el precio más bajo.

El Acuerdo Comercial Multipartes suscrito con la Unión Europea determina en cambio una doble opción. Una vez que se haya cumplido con los requisitos mínimos se puede adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa y en el caso de que el único parámetro sea el precio, al más bajo⁵². Por lo que los criterios para adjudicar los contratos se pueden efectuar desde los dos frentes.

Una vez que se ha definido el criterio, la Resolución de Adjudicación (nombre que ha tomado en la práctica) es elaborada por las direcciones que efectúan asesoría legal

⁴⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, art. 32.

⁴⁹ *Ibíd.*, art.6; núm. 18.

⁵⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, *Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo* N2349-9, 2011, <http://www.iadb.org/document.cfm?id=774396>.

⁵¹ Agence Française de Développement, *Normas de Adquisiciones para Contratos Financiados por la AFD en Países Extranjeros Políticas*, 2017, https://www.afd.fr/sites/afd/files/2017-09/normas-adquisiciones-contratos-financiados-afd-paises-extranjeros_0.pdf.

⁵² Ecuador, *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia y Perú por otra, y Anexos*, Registro Oficial 808, Suplemento, 23 de diciembre de 2016, art. 187; núm. 3.

ya que antes de emitirla realizan un control de legalidad del procedimiento. Estas direcciones por lo general en su análisis asumen el criterio emitido por la comisión técnica.

De lo mencionado se puede colegir que el tema de la discrecionalidad se ha vuelto reglado en la práctica. Ahora, la Máxima Autoridad asume el resultado del informe de la comisión técnica. El acto administrativo fundamenta toda su tesis argumentativa en el estudio realizado por la comisión designada para el efecto. El tema de la discrecionalidad enteramente se traslada a la comisión técnica. Esta será la que sin decidir, en una suerte de paradoja, termine eligiendo aquel que ejecutará la obra.

Este acto administrativo se perfecciona con la notificación que se hace al proveedor seleccionado a través del sistema oficial de contratación del Estado. En el mismo se expresarán las razones por las cuales la entidad ha llegado a tomar su decisión confirmando el presupuesto de la compra, la forma de pago y publicado las garantías que por norma debe rendir.

El control sobre este acto, como se mencionó en párrafos anteriores, es el de legalidad. Pero el control interno y externo propiamente dicho se efectúa posterior a su perfeccionamiento, cuando es un momento trascendental del procedimiento de contratación (por su grado de discrecionalidad,) para que se efectúe el control, buscando proteger el recurso público e interés general. La legislación chilena según Moraga Klenner en esta fase establece un control preventivo:

Para finalizar, cabe recordar brevemente que el acto administrativo que contiene la adjudicación del contrato puede verse afectado a control preventivo de juridicidad por parte de la CGR. Por ello, la adjudicación se perfeccionará tan pronto como el acto administrativo que la contiene sea tramitado en su totalidad, incluida la toma de razón, si es procedente, y la publicación en el Diario Oficial o la comunicación posterior al adjudicatario según el caso.⁵³

Una vez realizada la adjudicación se procede con la suscripción del contrato, entendido este último como un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones de las cuales la entidad contratante siempre va ser un órgano del sector público. Expósito Vélez considera que: “[...] por ser el contrato administrativo un concierto de voluntades, de ese acuerdo llamado contrato y del pliego de condiciones aceptadas por el contratista se derivan obligaciones para ambas partes que hacen el contrato sinalagmático”.⁵⁴

⁵³ Moraga Klenner, *Contratación administrativa*, 196.

⁵⁴ Expósito Vélez, *La configuración del contrato de la administración pública el derecho colombiano y español*, 300.

Previo a la suscripción el contratista deberá rendir las garantías establecidas en la ley y el ente contratante designará el administrador del contrato. La mayor parte de las instituciones suscriben conjuntamente con el contrato de obra pública el de servicio de fiscalización. Inmediatamente después de perfeccionado este acto se procederá con la ejecución del mismo dependiendo de la modalidad.

El único control que existe, previo a la suscripción, es el efectuado por aquel órgano que se encarga de elaborarlo. Control que tiene como característica principal el verificar ciertas cuestiones de forma ya que el análisis profundo se lo efectuó el momento de la adjudicación. Aparentemente este acto pierde importancia respecto del que lo precedió.

La norma también ha prescrito de forma vacua que en relación a ciertos umbrales se proceda con la protocolización de los contratos. Verdaderamente en lugar de establecer esta acción se debería determinar que antes de la suscripción exista un mecanismo que valore la factibilidad de la ejecución del contrato al tiempo de la suscripción así como el precio que se va a pagar por él.

A manera de ejemplo es importante citar a Ramón País quien en referencia a la legislación española respecto de la ejecución y modificación de los contratos dice:

Adjudicado el contrato, su ejecución comienza con la comprobación del replanteo, que deberá tener lugar dentro del plazo consignado en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde su formalización, salvo casos excepcionales justificados. La comprobación del replanteo debe hacerse en presencia del contratista. Si este no acudiere, sin causa justificada, el acto de comprobación del replanteo, su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley. El objeto de la comprobación del replanteo es la verificación de la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto. Si el resultado es positivo, se extiende acta y el director de la obra autoriza el inicio de las obras, quedando notificado el contratista y comenzando a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta. Si el resultado es negativo, el director de la obra considerase necesaria la modificación de las obras proyectadas o el contratista formulase reservas, quedará suspendida la iniciación de las obras hasta que el órgano de contratación resuelva, haciéndose constar en el acta y computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses para resolver el contrato por causa de suspensión de la iniciación de las obras por un plazo superior a seis meses por parte de la administración. Pero en el caso de que el órgano de contratación juzgue infundadas las reservas del contratista no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución.⁵⁵

⁵⁵ País Ramón y Francisco Arenas, "Política de obras públicas", En *Parte especial del derecho Administrativo, La intervención de la Administración en la sociedad* (Madrid: Constitución y leyes S.A., 2012), 1331.

Una vez que la administración pública ha suscrito el contrato y a pesar de que ha encargado a funcionarios o a privados el tema de la fiscalización, no se puede alejar de su intervención en la ejecución de la obra pública. Es necesario que esté presente verificando que cada una de las acciones efectuadas por el contratista y autorizadas por los administradores y fiscalizadores sean reales. De lo contrario, el control quedará únicamente en los documentos que evidencian los cumplimientos.

Este posible alejamiento dará lugar a que se produzca la erogación del gasto público sin observar el interés general y el derecho a la buena administración. Este control se convierte en un análisis cartular únicamente ya que puede tener como resultado la erogación de fondos por rubros no ejecutados o por aquellos que fueron efectuados sin observar las especificaciones técnicas.

La intervención de la administración no puede quedar en la suscripción del contrato únicamente. Es necesario que efectúe el acompañamiento de manera que la obra cumpla con la necesidad social. El control posterior que realiza la CGE debe trasladarse a este momento y en tiempo real definir todas las observaciones que por lo general se generan de forma posterior.

Entonces el trabajo efectuado por aquella mermaría la disipación del recurso, la afectación al interés general así como una posible erogación de gastos a futuro para reestructurarla. No quedaría su actuación en documentos que únicamente involucran sanciones, devolución de fondos, destituciones, etc. cuando la necesidad fundamento del contrato nunca fue cubierta, no podrá ser utilizada y sí lo es, efímeramente.

La Ley de Contratación Pública de 1990 en el capítulo II “De los requisitos, forma y registro de contratos” en el artículo 65 decía que

En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concursos públicos, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado. Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados. Si el contrato implica egresos de fondos públicos, con cargo al Presupuesto del Gobierno Nacional, se requerirá, además, el informe del Ministro de Finanzas y Crédito Público. Si por la naturaleza u objeto del contrato se exigieren otros informes, se estará a las normas legales respectivas.⁵⁶

⁵⁶ Ecuador, Ley Orgánica de Contratación Pública, art. 65. Derogado.

Es decir que, antes de la suscripción de los contratos que hubiesen sido adjudicados en procedimientos de licitación y concurso público era necesario el informe previo emitido por la Contraloría y la Procuraduría General del Estado y si fuera el caso inclusive del Ministro de Finanzas y Crédito Público. Es así que

[l]os funcionarios indicados emitirán sus informes dentro del término de quince días de recibido el acta de adjudicación, la oferta del adjudicatario, las memorias de cálculo de las fórmulas de reajuste de precios y de las cuadrillas tipo, y el proyecto del contrato. Si el funcionario que debe informar dejare transcurrir dicho término sin hacerlo, se considerará como que hubiere emitido dictamen favorable. Cualquier aclaración o documentación original que requiera el funcionario informante, deberá ser solicitada dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la respectiva documentación. Obtenidos los informes o vencido este término, se procederá a la celebración del contrato, tomando en cuenta, las observaciones que se hubieren formulado, de existir éstas.⁵⁷

Así mismo la norma antes citada respecto de la suscripción de contratos complementarios en el caso de modificación o ampliación justificadas técnicamente; o errores de hecho de buena fe, determinaba la obligación de tener el informe previo de la Contraloría General del Estado en el primer caso; respecto del segundo el del Procurador y Contralor. Es decir que en esta norma se establece un control preventivo antes de que se generen las obligaciones que emanan de los contratos principales y complementarios.

En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución, el Estado o la entidad contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación ni concursos, pero con el informe previo favorable del Contralor General del Estado, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones ante dichas, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.[...] Para corregir errores manifiestos de hecho de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades públicas podrán celebrar contratos complementarios sin someterse a los procedimientos de licitación y concursos públicos, con los informes previos favorables del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado.⁵⁸

La LOSNCP con la que se derogó la Codificación de la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial 272 de 22 de febrero del 2001 no determinó este tipo de control antes de la suscripción de contratos principales y complementarios. El artículo 85 dice lo siguiente:

En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista,

⁵⁷ Ibíd. art. 65. Derogado.

⁵⁸ Ibíd. art. 101. Derogado.

sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.⁵⁹

Además los valores de los porcentajes de los contratos complementarios se establecieron en 35%, diferencia en cantidades de obra el 25% y rubros nuevos el 10%. El único condicionamiento que se puso para proceder con la aplicación de estas figuras jurídicas es que la entidad cuente con la certificación presupuestaria respectiva.

Como se puede observar la LOSNCP antes citada elimina los informes previos que debían ser emitidos por los órganos competentes antes de la firma de los contratos establecidos en la ley de 1990. La justificación que se determinó en su momento para eliminar este control por parte de la CGE y PGE de acuerdo al discurso presidencial de 15 de abril de 2008 fue que: “Con la Ley de Contratación Pública... que data de 1990, han primado la discrecionalidad, el abuso de poder y la debilidad del control efectivo en las actuaciones de la Contraloría”⁶⁰ y que con la nueva ley

se otorga a las autoridades y a los ciudadanos parámetros e indicadores sobre la calidad de gasto y la calidad de gestión de los gerentes públicos. Esto significa que una ciudadanía consciente y participativa hará que se estructure de mejor manera la rendición de cuentas de los funcionarios públicos, la cual se verá complementada con un efectivo y ágil control posterior por parte de la Procuraduría y la Contraloría.⁶¹

Esta reforma dio fuerza al control posterior de forma total. El resultado de la aplicación de este control, como se menciona en páginas anteriores, se mostró en la existencia de 640 obras con observaciones de diferentes tipo: técnicas, legales, etc... tal cual se describirá en el análisis de los casos. Además existió gran cantidad de contratos de obras en los que existen sobrepresos y en los cuales los montos de los contratos complementarios, incremento en cantidades de obra y rubros nuevos exceden los límites establecidos en la ley.

Posterior a esto después que este cambio culminó en el fracaso del control posterior, mediante reforma a la LOSNCP Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de Marzo del 2017, se bajó los porcentajes para contratos complementarios, incrementos de obra y rubros nuevos. Es así que

⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 85. Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2018.

⁶⁰ Rafael Correa, “Discurso Presidencial Sobre Sistema de Contratación Pública”, (Quito, 15 de abril de 2008).

⁶¹ *Ibíd.*

La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del ocho por ciento (8%) del valor del contrato principal [...] Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del contrato principal, siempre que no se modifique el objeto contractual [...] La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje.⁶²

Además en cierta medida se pretende configurar un tipo de control preventivo para lo cual se determinó la emisión de un informe por parte de la CGE respecto de la sumatoria total de los contratos complementarios, incremento de obra y rubro nuevos. Es así que

[s]olo en casos excepcionales y previo informe favorable del Contralor General del Estado, la suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, así como el valor de los contratos complementarios de consultoría, podrán alcanzar hasta el treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato principal La Contraloría General del Estado tendrá el término de treinta (30) días para emitir su informe, caso contrario se considerará favorable.⁶³

Es decir que se establece de forma parcial este control preventivo que podría realizar la CGE solamente respecto de los contratos complementarios. Al final parece que todo queda en un tema de mera subjetividad. El hecho es que se elimina el control previo establecido en la Ley de 1990 dándole mayor importancia al control posterior mismo que se califica de ágil y efectivo. Posteriormente se devuelve de forma parcial un control preventivo a la CGE. Por ende se puede concluir que el control depende en gran parte de la formación e intereses del sujeto que ostenta el poder público.

Respecto de esta problemática el 13 de marzo de 2018 se presentó, a través de la Comisión permanente del Derecho a la Salud, el proyecto de Ley Orgánica para Fortalecer la Transparencia y la Lucha Contra la corrupción.⁶⁴ Hasta la fecha de elaboración de esta tesis, después de revisar la página web de la Asamblea Nacional, la

⁶² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 87,9. Registro Oficial 395 de 20 de marzo de 2017.

⁶³ *Ibíd.* art. 87.

⁶⁴ Ecuador, *Proyecto de Ley Orgánica para Fortalecer la Transparencia y la Lucha Contra la corrupción*, presentada el 13 de marzo de 2018. <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8bfd1ec9-27fc-4538-8b2f-04f7c82a8bb2/Proyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20para%20Fortalecer%20la%20Transparencia%20y%20la%20Lucha%20Contra%20la%20Corrupci%C3%B3n%20Tr.%20320892.pdf>

propuesta se encuentra calificada por el Consejo de Administración Legislativa solamente.

En ella se plantea nuevas atribuciones para la Contraloría General del Estado entre las que están: 1) la realización de informes motivados y vinculantes sobre las etapas preparatoria-precontractual, como requisito previo a la suscripción de los contratos y; 2) La realización del seguimiento continuo y permanente a todos los procedimientos de contratación pública en sus diferentes fases en coordinación con el SERCOP.

En este análisis de evolución de la normativa se puede observar como con movimientos oscilatorios se mueve el tema del manejo del sistema de control de un extremo a otro. Por una parte se pasa de un control preventivo a uno posterior, de regreso se busca llegar nuevamente a un control preventivo. Al final, el movimiento oscilatorio se queda a la mitad cuando se establece ciertos condicionamientos y acciones.

4. Los recursos, el gasto público y la actuación eficiente del Estado

El Estado tiene como objetivo fundamental el crecimiento y el adelanto de su espacio territorial con el objeto de mejorar la vida de sus habitantes. Es así que “A lo largo de la historia, una vez alcanzado cierto nivel de civilización, todas las culturas han construido obras públicas con diversas finalidades. Las pirámides egipcias, las calzadas y los acueductos romanos, la gran muralla china, son ejemplos de grandes obras públicas del pasado que muestran que la política de obras públicas no es algo nuevo”.⁶⁵

El tema de la construcción de obra pública es de trascendental importancia para el desarrollo del Estado. Esta permite la satisfacción directa de las necesidades de la ciudadanía, el crecimiento de las fuentes de empleo tanto para el levantamiento como para el mantenimiento de la obra y dependiendo de la envergadura así como de las características de la obra, el ingreso de réditos al fisco.

Pero al contrario la obra pública puede también representar erogación de fondos solamente, es decir mostrar que ésta se fundamentó únicamente en ideales o situaciones pasajeras. El efecto final de este hecho aparece con símbolo negativo dentro del patrimonio del Estado. El órgano de la administración no logró consolidar la necesidad de la ciudadanía y el interés general. Al respecto Ramón País dice:

⁶⁵ País Ramón y Francisco Arenas, “Política de obras públicas”, 1333.

Los efectos económicos y sociales de las obras públicas deben estudiarse desde una perspectiva en conjunto. A nivel local e individualmente tomadas, cada obra pública produce o aparenta producir un efecto positivo para la comunidad que tendrá acceso a esta. Una escuela, un campo de fútbol, un auditorio, un carretera de circunvalación, una red de ferrocarriles subterráneo (metro) siempre producen beneficios para sus usuarios. Pero un análisis a medio plazo y desde una perspectiva más amplia puede concluir que los efectos tanto sociales como económicos de estas obras públicas son negativos.⁶⁶

En el Ecuador existen casos representativos de la construcción de obras que en su momento pudieron aparecer como trascendentales, pero con el paso del tiempo se han transformado en una carga para el Estado. Es por eso que inclusive se les ha buscado un nuevo uso ya que estas se encuentran subutilizadas o definitivamente no se usan. La administración tendrá que reestructurarlos para utilizarlas con un fin diferente del que justificó su construcción. Este análisis se circunscribe a lo que en doctrina se denomina auditoría de gestión y calidad del gasto.

Existen casos también en la que las obras han sido entregadas pero por fallas en la construcción se hace imposible su uso. Esto conlleva a la necesidad de contratar nuevos estudios así como un contratista que se encargará de corregir las fallas conforme a los recientes estudios. Ese es el caso la licitación efectuada para la construcción del Complejo Judicial de Babahoyo, Ruta Viva y Edificios de la Universidad del Conocimiento Yachay entre muchos ejemplos existentes, los cuales se analizarán en el tercer capítulo.

De ahí la importancia de la visión que el Estado tenga respecto de la contratación de obras públicas. La ejecución de estas además de implicar una erogación de fondos tiene una influencia directa en el funcionamiento de la economía. Por estas razones se debe tener presente siempre un control que permita demostrar estos escenarios. Ramón Paíz respecto de aquello lo ejemplifica de la siguiente manera:

En España, por ejemplo, en 1992 se celebraron la EXPO de Sevilla y los Juegos Olímpicos de Barcelona. Ambos acontecimientos transformaron las dos ciudades por medio de programas de obras públicas sin precedentes en nuestro país y durante unos meses pareció que España era el centro del mundo, pero inmediatamente después sobrevino una crisis económica que golpeó a España con especial dureza debido, entre otras razones, al exceso del gasto público en que se había incurrido para financiar estos fastos. La inflación se disparó y el paro alcanzó la cifra de tres millones de personas.⁶⁷

Entonces para la puesta en marcha del contrato de obra pública es esencial el tema de los recursos que al momento de la ejecución de la obra se convertirán en gastos públicos. Estos “consisten en la transformación de los ingresos del Estado en rentas y

⁶⁶ *Ibíd.*, 1333.

⁶⁷ *Ibíd.*, 1333.

patrimonios de quienes producen los bienes materiales y prestan los servicios personales requeridos por el Estado u obtienen subvenciones de este”.⁶⁸

Estos recursos entendidos como los “*ingresos que obtiene el Estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico social*”⁶⁹ pueden ser obtenidos por el Estado de tres maneras: 1) impuestos; 2) gestión y patrimonio del Estado; y 3) endeudamiento público. “Actualmente, los ingresos públicos son obtenidos por el Estado de muy diversas maneras explotando sus propios bienes patrimoniales, empleando su poder coactivo y contratando empréstitos, recibiendo ayudas y donaciones, aplicando penalidades, etc.”⁷⁰

Por lo general son a través de los impuestos o el endeudamiento público como se financia la construcción de obra pública, ya que el Estado no ha logrado desde sí mismo gestionar los recursos para cubrir estas inversiones. Héctor Villegas clasifica los recursos obtenidos por el Estado como originarios o derivados definiéndolos de la siguiente manera:

Recursos originarios son los que provienen de los bienes patrimoniales del Estado o de diversos tipos de actividades productivas realizadas por este. Recursos derivados son aquellos que las entidades públicas se procuran mediante contribuciones provenientes de las economías de los individuos pertenecientes a la comunidad. Estas entradas comprenden una variada gama de ingresos, no solo de distinta importancia cuantitativa para el Estado sino también de diversas naturalezas jurídicas. Entre ellas agrupamos los recursos tributarios, los provenientes del crédito público, de las sanciones pecuniarias, los ingresos provenientes de gestiones de tesorería, etc...”⁷¹

De ahí que el Estado debe ser eficaz y eficiente al momento de proceder con estas contrataciones, buscando proteger al máximo sus recursos. Éste deberá efectuar un análisis íntegro de las obras a contratar. Siguiendo el sentido de la reflexión no tiene la misma ponderación el suscribir un contrato de obra para la construcción de un camal para tratamiento de cárnicos que se expendarán al público, evitando el tratamiento casero y manejando técnicamente los desechos con calidad ambiental, que la construcción de una pileta iluminada en la zona más transitada de la urbe.

Así que una buena política de obras públicas será aquella que se centre en realizaciones útiles para a la sociedad, como puede ser el establecimiento de una infraestructura de comunicaciones que permitan el desarrollo del comercio y la industria o una política

⁶⁸ Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 125.

⁶⁹ *Ibíd.*, 145.

⁷⁰ *Ibíd.*, 153.

⁷¹ *Ibíd.*, 162.

hidráulica que lleve agua allí donde hay y se necesita. La distracción de parte de los recursos para obras de boato y ornato, como la construcción de un palacio, sería un ejemplo de mala política de obras públicas.⁷²

La administración pública debe buscar efectuar un gasto de calidad. La erogación del gasto público debe justificarse en situaciones reales y necesarias. Las instituciones deben entender que el recurso es generado por el trabajo de los ciudadanos lo que merece ser reinvertido en su beneficio. “El Estado gasta con recursos que en su mayor parte provienen de coacción”.⁷³

La selección de las necesidades a ser cubiertas deberán ser generadas a través de una verdadera ponderación. El compromiso del gasto que se encuentra inmerso en la obtención del recurso público puede inclusive comprometer a las generaciones futuras, ya que por lo general el plazo para la construcción de una obra pública sobrepasa el ejercicio fiscal por su amplitud.

Por lo tanto “la decisión sobre el gasto estatal presupone dos valoraciones previas de singular importancia: a) la selección de las necesidades de la colectividad que se consideran públicas, aspecto este variable y ligado a la concepción sobre el papel del Estado; b) la comparación entre la *intensidad* y *urgencia* de tales necesidades y la posibilidad material de satisfacerlas”.⁷⁴

En base a lo dicho es necesario decir que todo gasto público busca la satisfacción de las necesidades apuntando siempre al buen vivir, en el caso de la construcción de la obra el justificativo del gasto es la necesidad que está siendo cubierta con aquella como salud, educación vialidad, justicia, protección, etc. En ella debe estar plasmada el requerimiento real de la sociedad, de lo contrario el gasto a efectuarse perdería su esencia.

“Todo gasto público tiene por finalidad la satisfacción de una necesidad pública, o sea, de la población en general, tendiendo a cumplir el mandato constitucional de promover el bienestar general”.⁷⁵ El gasto tiene en su esencia el interés de la colectividad, por lo que el Estado debe convertirse en un verdadero redistribuidor de los recursos obtenidos. Al respecto el tratadista Héctor Villegas expone:

Por eso, y en realidad en la medida en que se siga una sana política financiera, el Estado no es un consumidor sino un redistribuidor. Las rentas no desaparecen en un abismo sin fondo, sino que son devueltas íntegramente al circuito económico. Es decir, el conjunto

⁷² País Ramón y Francisco Arenas, “Política de obras públicas”, En *Parte especial del derecho Administrativo, La intervención de la Administración en la sociedad*, 1335.

⁷³ Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, 131.

⁷⁴ *Ibíd.*, 126.

⁷⁵ *Ibíd.*, 130.

de sumas repartidas a los particulares mediante el g.p. es equivalente al conjunto de lo que les fue recabado mediante los tributos. El Estado actúa de esta manera como un "faro" o como una bomba aspirante e impelente: procede a modo de bomba aspirante de las rentas de la comunidad y como impelente de la riqueza obtenida, mediante los g.p., expandiéndola sobre toda la economía.⁷⁶

Entonces, el Estado debe ser diligente en el control de los procedimientos de contratación. Este no debe aparecer después de que se autorizó los gastos y se efectuó la erogación de fondos. Su ausencia termina afectando de forma directa a los ciudadanos. Al final, el derecho que estos tienen a una buena administración se encuentra vulnerado y en efecto armónico tampoco sus necesidades fueron atendidas.

5. La buena administración como principio, obligación y derecho

Como se ha venido expresando en párrafos anteriores el centro de toda la actuación de la administración es el ciudadano. Es así que tanto el contrato de obra como el gasto público lo que buscan es satisfacer las necesidades de los sujetos y el interés general. Por lo que no se puede entender la actuación de la administración desligada de la vida misma de los sujetos.

Esta reflexión nos ubica en una forma sui generis de personalismo cuyo pensamiento filosófico “puso como centro de reflexión de cualquier sistema político a la persona humana y quien, además, buscaba con su corriente personalista ver en la práctica un sistema real y garantista que respaldara jurídica y políticamente el respeto a la dignidad humana de la persona ante el poder”.⁷⁷

La Constitución de la República en el preámbulo establece la “decisión de construir una sociedad que respeta en todas las dimensiones la dignidad de las personas y colectividades”. Es así que, siguiendo a Jaime Rodríguez Arana,

[l]a centralidad de la persona es la primera y principal característica de una buena Administración pública. Hasta tal punto de que si no existiera no podría hablarse de una administración democrática por lo que caracteriza a la Administración del Estado de Derecho, de la democracia, es precisamente el servicio a la ciudadanía, su tendencia a la mejora de la vida de las personas...Hasta tal punto que por el hecho de ser personas disponen de un derecho fundamental a que los asuntos de la comunidad, los asuntos que se refieren al interés general, deben ser gestionados y administrados de la mejor forma

⁷⁶ *Ibíd.*, 133.

⁷⁷ Francisco Javier Valderrama Bedoya, *El personalismo de Emmanuel Mounier y su relación con la Constitución Política de Colombia*, *Revista Opinión Jurídica* (Universidad de Medellín), No 30, (2013): 268.

técnica posible. Es decir, para la mejora de las condiciones vitales de las personas para que cada ser humano se pueda desarrollar en libertad solidaria.⁷⁸

De acuerdo a lo mencionado una de las particularidades del derecho a la buena administración es la centralidad de la persona, es así que todas las acciones de la administración pública deben converger en el interés general. Esto se encuentra determinado ya en la doctrina respecto de los diferentes temas relacionados con la obra pública, como se mencionó en el apartado del gasto público.

En este sentido el control también debe encargarse de guiar y mantener esta unidad, es el garante de que la actuación de la administración responda al interés del colectivo. Este no puede aparecer cuando el derecho se encuentre vulnerado pretendiendo resarcirlo con sanciones o glosas. En ese caso la vulneración del derecho que tiene el ciudadano a la buena administración sería irreversible.

El control debe ubicarse en el punto exacto en el que, encaminado como el objetivo de una medida cautelar, busque resguardar el derecho a una buena administración. Esta acción permitirá de forma directa proteger el derecho del gasto en el cual se encuentran inmersos también los otros derechos como los económicos, sociales y culturales con los que están relacionados, los cuales tienen que ver con la contratación de obra pública. En este sentido es necesario decir que

gastar no es una simple actividad registrable; que es erogar con algún sentido; ese sentido no es otro que el interés público, aunque los caudales se entreguen a individuos o colectivos privados. De la mano aparece el tema de las necesidades públicas que deben satisfacerse. El derecho del gasto público tiene como norte el colmarlas en sus diversos grados de urgencia.⁷⁹

Conforme lo mencionado en la cita precedente y de acuerdo a lo dicho en párrafos anteriores, la construcción de obra pública busca satisfacer las necesidades de los ciudadanos y mejorar su forma de vida. Ahí está la relación jurídica que existe entre la persona y el gasto que implica la construcción de una obra así como la vulneración de derechos, el momento que no se realiza un control oportuno.

La Constitución de la República en el artículo 85 determina que las políticas públicas así como la prestación de bienes, servicios deben orientarse hacer efectivo el buen vivir y todos los derechos a partir del principio de solidaridad. Es así que

⁷⁸ Jaime Rodríguez Arana, *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Bogotá Colaboradores Externos Internacionales), No 6, (2013): 26.

⁷⁹ José Vicente Troya Jaramillo, *El Derecho del Gasto Público* (Bogotá: Temis S.A., 2014), 190.

el gasto público se destina a satisfacer las necesidades públicas y dentro de ellas se encuentran unas de carácter prioritario, tales como la salud, educación y otras de similar naturaleza y que concuerdan con lo relativo al gasto público social; [...] En esa dinámica, la Constitución ecuatoriana se constituye como el primer mecanismo de protección tanto de los beneficiarios del gasto público como de los contribuyentes que aportan para el soporte de dicho gasto.⁸⁰

Entonces, el control de la actuación de la administración respecto de la contratación de obra termina protegiendo los derechos de los ciudadanos, ya que está implica gasto público. Por lo tanto este debe ser realizado de forma eficaz ya que de lo contrario se termina quebrantando derechos que se encuentran conectados a la calidad del gasto y a la prestación de servicios públicos. La fiscalización de la construcción de obra pública por ende debe ser realizada a tiempo, observando la realidad y no después de que todo está consolidado. Es así que

[d]esde la realidad es posible la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. La buena Administración pública parte de la realidad pues solo desde ella se puede mejorar el presente para mejorar un mejor futuro.⁸¹

Entonces el control debe entrar en escena desde presupuestos fácticos que dan origen a un procedimiento de contratación de obra pública. Esto permite analizar la necesidad real que se convertirá en inversión de los recursos del Estado, previniendo que estos últimos sean empleados en virtud de un gasto que tenga como base el mejoramiento real de la forma de vida de sus habitantes.

No se puede dejar esta revisión de la actuación de la administración pública en documentos solamente. El expediente final de la ejecución de un contrato no demuestra lo que sucede en la realidad. Una buena administración debe funcionar con un verdadero sistema en el cual las actuaciones de los órganos administrativos se vayan complementando en la marcha.

El control no puede funcionar por fuera de los actos efectuados por la administración. Este debe encarrilar su actuación dialécticamente a un resultado final que se refleje en el beneficio social. De lo contrario este aparecería como aquel conejo de los comics que tiene atada al frente de su cabeza una zanahoria que nunca alcanza.

⁸⁰ *Ibíd.*, 211.

⁸¹ Jaime Rodríguez Arana, *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, 28.

No es justo que posterior a las actuaciones ejecutadas por la administración, el órgano de control se tome las oficinas de las instituciones y durante meses pida justificativos de las actuaciones realizadas por los funcionarios. Muchas de las veces ni siquiera se tiene en cuenta el nivel jerárquico de cada uno de ellos. Al final se arma todo un argumento lingüístico documental que en un acto de redención, como poseedor de la verdad, pretende guiar las nuevas actuaciones.

Esta estructura del control estatal maneja un concepto limitado al ámbito documental. Por lo general son formalidades del procedimiento de contratación y su ejecución las que cobran importancia. Estas son el distractor de la verdadera actuación de la administración pública. En ella no existe la garantía de buscar la correcta actuación de la administración en beneficio del ente social. Su acción es demasiado formalista.

El control formal debe pasar a una abierta participación en la mejora de los procedimientos. Debe poner en el centro de su actuación el interés general entendiendo que

la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia, la capacidad de conciliar y de sintetizar, sustituyen a las bipolarizaciones dogmáticas y simplificadoras, y dan cuerpo a un estilo que, como se aprecia fácilmente, busca, por encima de todo, mejorar las condiciones de la vida de la gente.⁸²

De acuerdo a la Carta Iberoamericana de los Derechos y los Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública “la buena administración” tiene una triple dimensión

[e]n primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho [...] En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.⁸³

Al ser un principio este irradia todas y cada una de las actuaciones de la administración, las cuales deben estar apegadas a lo determinado en el ordenamiento jurídico y responder al interés general. El principio se convierte en el marco que pone

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

límites a los actos y otorga también la libertad para proponer el desarrollo y los cambios necesarios. Es así que

[l]a labor de todos los funcionarios públicos es la de servir entonces a la organización estatal, y por conducto de ella a la comunidad; por ello son los servidores públicos del Estado, al servicio de la comunidad, que actúan de acuerdo con unos objetivos y fines comunes y dentro de uno marcos constitucionales legales y administrativos previamente establecidos. Y son servidores públicos porque cumplen o ejecutan las funciones públicas atribuidas a la organización estatal. Por su parte, toda función pública está delimitada a su objeto y debe ejercerse conforme a su naturaleza.⁸⁴

La actividad del control gubernamental también se enmarca dentro de esta actuación desde una doble dimensión. Respecto del servicio público y desde la investigación de este. Las dos dimensiones se ven consolidadas en el acto de fiscalización, mismo que debe tener como acción principal la de proteger el recurso público, buscando que las actuaciones de la administración, en relación a la construcción de obra pública, satisfagan el interés general y que las instituciones presten un servicio eficiente a la colectividad.

La buena administración, en esta triple dimensión, es entendida también como una obligación, cuyo significado viene del prefijo “ob”, verbo “ligare”, y sufijo “ción” que significa: *aquello que un apersona está forzada a hacer*. Es decir que, la administración pública está obligada por disposición expresa de la norma legal a efectuar las acciones pertinentes para que su trabajo se vea reflejado en una mejor forma de vida de los ciudadanos.

“Ligare” significa “atar” y en este sentido más profundo de la palabra, las actividades de la administración pública tienen que estar amarradas al interés general. No pueden escindirse de aquel. Por lo general el control de la administración tiende a estructurar sus acciones y justificarlas con sustento en posibles interpretaciones de la norma, cuando la realidad demanda otra interpretación, lo que genera una escisión con el interés real.

Esta escisión se ve reflejada en la forma en el que se efectúa el control tanto interno como externo. Este se encuentra totalmente desligado del efecto que produce en la realidad la actuación misma de la administración pública, por lo cual no cumple con esta dimensión de la buena administración. La obligación de proteger el bienestar del

⁸⁴ Jorge Enrique Ibañez Najar, *Estudios de derecho constitucional y administrativo* (Bogotá: Legis Universidad Sergio Arboleda), 2007.

ciudadano se convierte en un análisis normativo, financiero y legal que termina en sanciones imposibles de ejecutar.

Por lo que el órgano de control no está cumpliendo con su obligación. Su actividad se ha focalizado únicamente en un análisis individualizado de las actuaciones de los sujetos que representan el órgano. De ninguna manera su accionar se ubica en el tema de fondo que es la protección de los recursos que se conecta directamente con la vida real de los sujetos.

La obligación del control debe ir más allá. Este debe cambiar su mecanismo ya que existen otros elementos en el accionar de la administración pública que rebasan los límites establecidos. Este tiene como obligación reestructurarse adecuándose a los nuevos problemas que enfrentan las administraciones. Debe rebasar el límite que se ha impuesto, como una forma de control legalista. Por lo general

[l]os órganos de control suelen adoptar una actitud exclusivamente reactiva en la investigación de la corrupción, centrándose en la ejecución de controles de carácter fiscalizador y formal, y huyendo de la realización de inspecciones, ordinarias o sorpresivas, dirigidas a conocer la realidad material de la gestión financiera y la posible existencia de actuaciones opacas para los registros contables.⁸⁵

Por último dentro de esta triple dimensionalidad la buena administración es un derecho. Derecho que tiene el ciudadano a que la administración pública actúe en su favor. La administración pública deberá cuidar cada uno de los detalles de sus actuaciones de manera que no vayan en desmedro de los miembros de la comunidad.

El Código Orgánico Administrativo (COA) en lo que tiene que ver con el derecho a una buena administración logra un avance e indica que: “Las personas son titulares del derecho a la buena administración pública, que se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código”⁸⁶. Es así que

La construcción ideológica montada a partir del privilegio o de la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del derecho público.⁸⁷

⁸⁵ José Antonio Fernández Ajenjo, “El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al tribunal de cuentas y a la intervención general de la administración del Estado” (Tesis Doctoral, Universidad Salamanca, Salamanca, 2009), 457. <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10001/24444>

⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017, art. 31.

⁸⁷ Rodríguez Arana, *La buena administración como principio y como derecho fundamental*, 38.

El órgano de control debe adecuar su funcionamiento a esta visión. Su estructura no debe quedarse en las prerrogativas sancionatorias. Debe establecerse un control garantista que proteja en tiempo real el derecho de los administrados. No puede sujetarse únicamente a ser un simple observador de las actuaciones administrativas para luego fiscalizarlas. Por lo tanto

La buena administración pública parte del derecho ciudadano, fundamental para más señas, a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que a su través se mejoren las condiciones de vida de las personas. Las Administraciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos llamados de buena administración.⁸⁸

Entonces el órgano contralor debe desarrollar un verdadero sistema de control que garantice el buen uso del recurso público, el cual debe estar atado de forma directa a las acciones realizadas por las entidades. Solo de esta manera se podrá proteger el derecho de los ciudadanos a la buena administración. De lo contrario existirá un control que en lugar de proteger refleje la vulneración de los derechos de los ciudadanos así como la ineficiencia del Estado para repararlos. Este se debe entender como un verdadero mecanismo que coadyuve al cumplimiento de los objetivos propuestos por cada una de las entidades, que buscarán siempre en el fondo la mejora de la calidad de vida de los miembros del Estado.

Es necesario también mencionar que de acuerdo a lo establecido en la Constitución el primer fiscalizador de las actuaciones del poder público es el pueblo. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es el organismo que tiene la potestad de promover este control. Pero esta afirmación queda únicamente en un enunciado lírico.

En la realidad no existe un control que se ejerza a través del pueblo de forma directa. Es por eso que a pesar de que los sujetos son los que presencian y sufren la forma como se ejecutan las obras públicas, estos no han logrado efectivizar sus criterios para que se vean acciones de la administración que no tienen fundamento.

Los ciudadanos se han convertido en testigos sin voz que lo único que hacen es sufrir las acciones desastrosas de la administración en la construcción de una obra pública. Estos tendrán que utilizar las obras que no satisfacen las necesidades para las cuales fueron construidas y en las que se realizaron grandes erogaciones de fondos públicos vulnerando sus derechos.

⁸⁸ *Ibíd.*

Por el principio de transparencia a través de Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE) las instituciones públicas tienen la obligación de publicar toda la información relevante. Algunas de ellas no lo realizan o publican la información de forma parcial. Por lo que los interesados no acceden a los documentos y por ende tampoco efectúan el control del caso. Es así que existen procesos publicados que muestran la negligencia de la actuación de la administración que en su momento no fueron observados.

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC) establece mecanismos de participación como las veedurías, observatorios y consejos consultivos. De estos los primeros se encargan de controlar la gestión de los organismos del Estado. Pero en la práctica estos mecanismos han sido poco útiles y no han logrado cumplir con su cometido. Es así que el mismo CPCC en la página web institucional solo tiene acreditadas veedurías hasta el año 2015.

Ergo, tanto el control de los organismos técnicos como el que radica en el pueblo, no ha logrado entender el funcionamiento de un verdadero sistema controlador. Por lo que de forma paradójica y desde su mismo conocimiento han permitido que se vulnere el derecho a la buena administración, el cual contiene en sí otros derechos como los del gasto, educación, vida digna, salud, etc.

La construcción de obra pública no es un tema aislado. En él está inserto la satisfacción de las necesidades y la protección de derechos fundamentales de los seres humanos que viven en sociedad. De ahí que el control debe ser más efectivo y debe tener presente la realidad misma de los sujetos.

A pesar de lo mencionado es necesario rescatar el control que viene de otros organismos como la Comisión y Secretaría Nacional Anticorrupción o los que efectúan los periodistas investigativos. Estos han conseguido mostrar la actuación negligente de la administración. De cierta manera han logrado recuperar recursos que so pretexto de contratación de obras públicas han salido de las arcas del Estado. Al final no deja de ser un control posterior que evidencia el daño y la impotencia de regresar las cosas al estado ideal que justificó el inicio de su accionar.

Capítulo segundo

Análisis de la normativa vigente: el control externo e interno como eje transversal del sistema jurídico

El análisis de la normativa vigente que contiene temas de control relacionados con la construcción de obra pública es el objetivo de este capítulo. En él se estudiarán desde la Constitución hasta las NCICGE así como la LOSNCP y su reglamento, las cuales en su estructura, a pesar de enunciar un control concurrente, le dan fuerza aquel que se realiza de forma posterior.

A través de la metodología de ubicación conceptual se busca demostrar que el tema del control posterior es el que tiene mayor peso en las normas analizadas. Estas tienen como eje transversal a la determinación de responsabilidades más que la protección del recurso y la satisfacción de las necesidades de los sujetos, aunque su objetivo este centrado en esta última afirmación, lo que es una paradoja.

1. Enfoque constitucional del control técnico financiero

La Constitución del 2008 crea la Función de Transparencia y Control Social como aquel órgano encargado de promover e impulsar el control. Forman parte de este el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), la Defensoría del Pueblo (DP), las Superintendencias y la CGE. El sistema de control que dirige y efectúa esta última ha venido siendo objeto de análisis en el capítulo primero.

La Constitución define a la CGE como un organismo técnico que tiene como labor principal la protección de la utilización de los recursos de las instituciones públicas y de las privadas que manejan recursos públicos. La máxima autoridad es el Contralor General del Estado mismo que es designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Las funciones de la CGE son: 1) Dirección del sistema de control gubernamental; 2) Determinar responsabilidades de los ejercicios de control; 3) Expedición de norma para el desarrollo de sus funciones y 4) Asesoramiento de los órganos cuando lo soliciten. Por lo que

[c]omo se puede advertir, las potestades de control financiero externo que se otorgan a la Contraloría son integrales y se refieren no sólo a la fiscalización posterior de los recursos,

sino al control interno y externo y, simultáneamente, al control de gestión y de resultados de los objetivos de las instituciones públicas o privadas que dispongan de bienes y recursos públicos.⁸⁹

En este sentido la Constitución evidencia que no basta la norma para controlar el actuar de los sujetos que manejan el poder. Por el contrario, se necesita de un organismo técnico especializado que dirija todo el sistema, eduque y recupere recursos a través de la coacción y además cree norma para su funcionamiento. Por ello es que

[u]nos órganos han sido instituidos para que fiscalicen si la conducta de los funcionarios al expedir sus actos o al cumplir sus actuaciones se ajustan o no a las prescripciones legales; si cumplen con las funciones asignadas en la Constitución y la Ley o el reglamento; si cumplen, en fin, con los preceptos de la Constitución o si se extralimitan en sus funciones o las omiten [...].⁹⁰

Como se puede ver la Constitución determina el órgano y sus funciones pero olvida desarrollar la forma en que se deberá ejercer este control. La Constitución que contiene los elementos macro de la actuación de los órganos, para el caso de las acciones de control no precisa el momento de su inicio. En sentido opuesto, termina confundiendo este hecho cuando le encarga la dirección de un sistema de control que se compone de tres elementos: auditoría interna, externa y control interno de las entidades del sector público.

En este sentido se podría entender que el control desde la visión de un sistema se efectuará de forma concurrente y posterior, lo que sería ideal. Pero en la realidad al no encontrarse una directriz precisa se termina efectuando un control posterior de forma interna por los funcionarios y uno con las mismas características por la CGE. Situación que provoca desgaste e inconsistencias al momento de emitir informes finales y proteger el recurso público.

El ejercicio del control fiscal atribuido a la Contraloría se circunscribe en primer momento en la dirección del sistema. Acto que ubica a la misma en la libertad de proponer uno de los aspectos más importantes del control que es el inicio de su ejecución. La Constitución debería encaminar la actuación del órgano de control de manera que este lineamiento se transforme en el eje transversal de su actuación.

La Constitución también presupone la existencia de un sistema que tiene dos auditorías y un control. Una auditoría interna, externa y un control interno. Esto

⁸⁹ Víctor Granda Aguilar, *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas de los modelos políticos y económicos en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 145

⁹⁰ Ibañez Najar, *Estudios de derecho constitucional*, 95-6.

demuestra la existencia de un control sobre el control interno efectuado por las instituciones y un control externo sobre las dos, configuración que no describe lo que es en sí un sistema.

Un sistema comúnmente responde a un conjunto de elementos que interconectados arrojan resultados esperados, pero en el presente caso la Constitución establece la existencia de momentos de control frente a hechos ya realizados. Estos elementos del sistema no interactúan para llegar a una meta, por el contrario se contraponen y buscan interceptar falencias de los otros sistemas. Es decir que en vez de establecer una figura de interconexión, la Constitución estructura la idea de componentes separados que aparecen de manera posterior rompiendo con la idea básica de sistema.

La segunda de las funciones asignadas a la CGE va relacionada directamente con el poder de coacción para establecer responsabilidades. Mecanismo con el que cuenta la administración pública para educar, direccionar las acciones de los servidores y para recuperar parte del recurso público que se puede haber perdido. En el ideal esta permitirá estructurar un precedente de manera que la actuación futura de la administración se adecue a las observaciones realizadas. En este sentido

[c]ada una de las responsabilidades a los que están sujetos los servidores públicos protege distintos bienes jurídicos, y ello tiene un sentido lógico jurídico: la disciplina interna de la organización, el erario público, los derechos y las garantías de los particulares, son particularmente tutelados y si al servidor los afecta trasgrediendo el orden público merecedor de sanciones (disciplinarias, penales, patrimoniales, civiles y contables).⁹¹

Esto último puede producir efectos negativos ya que: 1) conlleva a que los funcionarios públicos actúen de manera limitada, 2) establezcan excesos de formalidades para el desarrollo de ciertas actividades, 3) se ejecute procedimientos de contratación que por estar excesivamente apegados a derecho pueden terminar afectando el interés común, y 4) se efectúe una retención indebida de los pagos por considerar fundamentales cuestiones de forma.

Por otro lado al no existir un mecanismo preciso para la determinación de responsabilidades estas se vuelven inejecutables y desproporcionadas que no pueden ser cumplidas. Esta situación incentiva el actuar negligente de los funcionarios. Por lo general su actuación termina en determinaciones o llegan a resoluciones sancionatorias que solo quedan en documentos.

⁹¹ Ivanega, *Control Público*, 250.

Además como es obvio, la responsabilidad aparece una vez que el funcionario ha perfeccionado su actuación. La determinación de responsabilidades es un elemento propio del sistema del control futuro. En este caso la Constitución del Ecuador termina en el fondo, a través de un elemento clave, estableciendo que el control de la actividad de la administración debe realizarse ex post.

La Constitución busca la protección del recurso público otorgando al órgano contralor un poder sancionador. Poder que en la práctica puede llegar tarde dejando desprotegido el recurso público e imposibilitando su pronto resarcimiento. Miriam Ivanega haciendo referencia a la responsabilidad patrimonial realiza una reflexión totalmente opuesta indicando que en ella el “interés jurídico protegido es el patrimonio del Estado” y que “El objetivo perseguido es el resarcimiento de los daños económicos producidos al Estado, es decir, restablecer el equilibrio económico cuando este se ha visto quebrantado”.⁹²

Respecto del régimen de responsabilidades que se le otorga a la CGE este se enfoca en una típica función de policía administrativa. La utilización de la palabra “determinación” la circunscribe en el marco de la coacción y la ubica además como resultado de los ejercicios de control. Es decir que esta se queda únicamente en el hecho de buscar responsables de las actuaciones.

La Constitución en este sentido debería haber establecido el diseño de un verdadero control fiscal que busque proteger el recurso público. El tema de la determinación de responsabilidades debe quedar como un elemento accesorio y se debe dar mayor importancia a un control concurrente. Control que establezca un verdadero proceso de retroalimentación de las actuaciones y protección del recurso público, dejando el tema de responsabilidades como subsidiario y no principal.

Por último la CGE por mandato de la Constitución deberá expedir su propia normativa para dar cumplimiento a sus funciones y asesorar a los órganos de la administración pública. En este sentido la CGE puede expedir reglamentos autónomos que permitan el cumplimiento de sus metas como una función más según la norma constitucional.

Es así que está en manos del órgano contralor el establecimiento de la norma que guíe los procedimientos en los tres momentos del control: 1) trámite de auditoria gubernamental; 2) determinación de responsabilidades y; 3) ejercicio de la potestad

⁹² Ibíd., 262.

coactiva. Como organismo técnico deberá estructurar la normativa que teniendo *sindéresis* lógica debe llevar a un resultado final.

Esto sucede cuando tenemos dentro de nuestro ordenamiento jurídico un Reglamento para la elaboración, trámite y aprobación de informes de auditoría gubernamental y su notificación; Reglamento de determinación de responsabilidades; y Reglamento para el ejercicio de la potestad coactiva. Desde su función de normar el órgano contralor va dando forma lo que en el fondo fue diseñado por la Constitución como un control posterior. Este fundamenta su validez en una estructura de determinación de responsabilidades. Resultado que puede ejecutarse a través de toda la fuerza coactiva que tiene el Estado.

Al final, la Constitución de forma casi residual otorga a la Contraloría la facultad de asesoría a los órganos por requerimiento de aquellos. Esta función dentro del diseño de la Constitución aparece alejada del círculo principal del control, ya que es por libertad de los órganos de la administración que se puede utilizar este tipo de mecanismos. La CGE ha emitido un Reglamento lacónico para la absolución de consultas que ratifica la poca importancia que el órgano de control le da al tema de la asesoría.

El texto constitucional deja sin fuerza una de las herramientas que más potencia debe tener en el proceso controlador. La asesoría debe ser constante de manera que vaya guiando las acciones de los órganos. Esta acción permitirá ir saneando las dificultades presentadas en el avance de los procedimientos administrativos que terminan en la erogación de los fondos del Estado.

En base a lo que se ha dicho se concluye que la visión de control de la Constitución se ubica en la doctrina *iuspublicista* francesa ya que

[l]a doctrina *iuspublicista* francesa ha construido la ‘teoría clásica’ del control sobre la primera acepción de comprobación y fiscalización. El resultado es un concepto restrictivo en el que se le atribuye al sujeto controlador el poder de emitir una declaración crítica sobre la actividad del sujeto controlado. Esta neta diferenciación de la función de control dentro de las funciones administrativas ha propiciado la creación de instituciones de control público especializadas, cuyo paradigma en la construcción continental del Derecho Administrativo ha sido el Consejo de Estado francés.⁹³

Y en la doctrina italiana se otorga trascendental valor a

la función de corrección, hasta el punto de que llega a identificar el control con la exigencia de responsabilidades sin la cual no pudiera hablarse en propiedad de una auténtica actividad fiscalizadora. De esta forma, el control se considera como un fenómeno complejo en el que existen dos fases o momentos: el examen o comparación

⁹³ Fernández Ajenjo, “El control de las administraciones públicas”, 121.

inicial de la actuación del sujeto controlado con el canon o la norma, y la posterior persecución y sanción, en su caso, de la actividad irregular.⁹⁴

Como se ha venido argumentado a lo largo de esta tesis esta visión de control no ha dado resultados efectivos. Esta debe cambiar a un control más activo y presente en tiempo real cuyas fases sean paralelas a la actuación de la administración y no aparezca en persecución al final. Este debe establecer una estructura omnipresente a las acciones efectuadas por los órganos administrativos.

Podría asemejarse a la concepción anglosajona del control en la que se ha identificado “el control con «capacidad de dominio, mando o preponderancia», es decir, como el poder de mando sobre la organización que se inserta como una supraestructura en todas sus fases, vigilando que la actuación de los agentes se ajuste a las directrices establecidas”.⁹⁵

La Constitución de la República dentro de este sistema otorga a la Procuraduría General del Estado la acción de controlar los actos y contratos suscritos por los órganos del sector público. Esta puede realizar asesoría y absolver consultas jurídicas que tienen carácter vinculante en aquellos temas que no tengan competencia otros órganos.

Esta competencia toma forma en el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado cuando se crean órganos como: Dirección Nacional de Consultoría, Dirección Nacional de Control de Legalidad de Contratos, Subdirección de Contratación Pública, Subdirección de Contratación Especial, las cuales elaboran procesos de control de los actos y contratos celebrados.

Entonces, la Norma Constitucional ubica a un control de legalidad posterior a la suscripción de actos y contratos. Termina dando fuerza a un sistema posterior en el cual pueden actuar dos entidades como la CGE y PGE, en el sentido de verificar la legalidad así como de asesorar la actuación de la administración pública.

La Constitución coloca dos órganos en un control similar que aparece después de la actuación de la administración, por lo que se debería preciar las competencias para que vaya tomando forma el funcionamiento del sistema. Esta situación puede provocar un desgaste en hechos o actos repetidos que no producen ningún efecto, siendo necesario aclarar el campo de actuación.

La actuación yuxtapuesta provoca además que se emitan criterios contrarios que nada tienen que ver con un sistema de control, cuando lo fundamental es que se constituya

⁹⁴ *Ibíd.*, 123.

⁹⁵ *Ibíd.*, 121.

un verdadero sistema de precedentes que guíe la actuación de la administración pública. Por lo tanto, al no existir esta coordinación la administración debe justificar su actuación con base en diversos criterios sobre un mismo punto de actuación, lo que rompe con la idea de sistema.

2. Concepción del control interno y externo en Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en sus cinco capítulos denota los elementos que configuran una visión basada en la doctrina iuspublicista, en la cual el sujeto controlador emite una crítica sobre el sujeto controlado, como se dijo anteriormente. Contenido de la norma que además presenta ciertos destellos de un control más activo que solamente ha quedado en el papel. Este ha sido opacado por el control posterior, el “informe” resultado del examen especial y la determinación de responsabilidades.

Es así que, la norma en sus primeros artículos determina que cada una las instituciones públicas deberán responsabilizarse por el sistema de control interno.⁹⁶ Aseveración que desmonta la idea de un sistema de control total (externo e interno) que debería ser dirigido por el órgano de control como se establece en la Constitución. Pero como un destello aparece la posibilidad de tener un control interno que en cierta manera depende técnica y administrativamente del órgano de control *cuando sea justificado*.⁹⁷ En este sentido se pretende atenuar la ruptura del sistema de control.

Enseguida, la Ley desarrolla el sistema de *control interno* como aquel que tiene elementos (entorno organizacional, idoneidad de personal, cumplimiento de objetivos, riesgos, etc.) actividades en las cuales se hará efectivo su uso (administrativas, operativas, financieras, ambientales), forma de aplicación y tiempos de control. La responsabilidad de la aplicación recae sobre la máxima autoridad y los funcionarios que proporcionan seguridad razonable de la protección de los recursos. En esta parte se determina además que la auditoría interna se efectuará de forma posterior a la ejecución de las acciones.⁹⁸

Con estos argumentos se puede observar que la norma positiva deja claro que el control interno debe ser ejercido directamente por las instituciones, apareciendo una vez

⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Artículo 5; num.3.

⁹⁷ *Ibíd.*, Art.14.

⁹⁸ *Ibíd.*, Art.8-12

que han sido ejecutadas las acciones y siendo responsabilidad de la máxima autoridad. Deja como un parámetro opcional la ubicación de una auditoría interna que dependa del órgano contralor. Elementos de un control eminentemente restrictivo.

En la siguiente parte del articulado aparece el *control externo*. Control que será ejercido por la CGE a través de la auditoría gubernamental, la cual es entendida como un sistema de asesoría, asistencia, prevención de riesgos que incluyen el examen y la evaluación de obras. En esta parte se precisa que el examen especial es una herramienta del control gubernamental que se utilizará de forma posterior a la ejecución de las actividades.⁹⁹

Respecto de la concepción del control externo se aprecia una clara contradicción. El sistema de aplicación de la auditoría gubernamental determina que la idea central es la asesoría, asistencia y prevención de riesgos, mientras que al referirse al examen especial se lo ubica en el momento posterior a la realización de las acciones. Otra vez aparece la idea de que debe existir un control concurrente más activo pero termina en uno posterior.

De forma inesperada la LOCGE dentro del tema del control externo describe lo que es una auditoría a la construcción de obras públicas. Indica que el control debe efectuarse en las fases más importantes de los procedimientos como: 1) obras en construcción; 2) gestión de contratistas; 3) manejo de contratación pública; 4) eficacia de mantenimiento; 5) seguimiento de cláusulas contractuales; y 6) resultados físicos que se tengan en el programa.¹⁰⁰

Esta última definición configura lo que en realidad debe ser un verdadero sistema de control de obras. En esta se desarrolla una fiscalización que va desde el manejo de los procedimientos de contratación, observando la gestión de los contratistas hasta los resultado finales. Es un acercamiento completo a un sistema que de forma activa guía la llegada a un contrato de obra pública protegiendo el recurso así como el interés general. Pero al final queda únicamente en una definición que la Ley y el Reglamento no la desarrollan.

El momento que la Ley comienza a detallar las funciones y atribuciones de la CGE aparecen otros elementos que completan esta definición de auditoría a la contratación de obra pública. Estos alcanzan a la evaluación que se debe realizar a los costos de los

⁹⁹ Ibíd., Art.18, 9.

¹⁰⁰ Ibíd., Art.23.

estudios¹⁰¹ así como el seguimiento y control continuo que se debe efectuar a las obras públicas en sus diferentes fases hasta llegar a su finalización.¹⁰²

Todo este contenido queda realmente con poco fundamento cuando la norma establece que

[e]l control externo que realizará la Contraloría General del Estado se ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría...como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones.¹⁰³

Estas ideas se pierden también cuando se establece que, la función fiscalizadora de la Contraloría General del Estado se efectuará mediante predeterminaciones, glosas y determinaciones.¹⁰⁴ La norma le da real importancia y desarrolla todo un capítulo respecto del tema de la determinación de las responsabilidades misma que parte de la presunción de legitimidad de los actos realizados por los funcionarios.

De lo visto la LOCGE en pequeños instantes presenta elementos de un control omnipresente y estructurado, pero al final el peso del control se observa en la ubicación de un examen posterior y en la esencia de la fiscalización que es la determinación y la glosa.

El Reglamento a la Ley termina fortaleciendo esta visión. En este se desarrolla los procedimientos para la realización del examen especial así como para la determinación de responsabilidades. Se indica además que el control se efectuará mediante la auditoría en todas las instituciones del Estado y termina definiendo al control interno como responsabilidad del órgano administrativo quien deberá encargarse de instalar, mantener y perfeccionarlo.¹⁰⁵

El reglamento también hace referencia al control previo y continuo. Este último incluye un control previo, concurrente y posterior, el cual puede ser tomado por la CGE cuando las circunstancias lo ameriten.¹⁰⁶ Es decir que este tiene un carácter residual y pierde real importancia frente a un control posterior que se encuentra determinado y

¹⁰¹ *Ibíd.*, Art.31; núm. 10

¹⁰² *Ibíd.*, Art.31; núm. 28

¹⁰³ *Ibíd.*, Art.18, 9.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, Art.31; núm. 6

¹⁰⁵ Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 12.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, Art.17.

explicado. Ergo la norma no deja de referirse a un tipo de control por el que se puede optar, pero termina inclinándose y desarrollando los conceptos de aquel que se efectúa posterior a las actuaciones.

Entonces de lo revisado en estas normas que regulan el control de las actividades de las instituciones públicas, mismas que tienen como objetivo fundamental la protección del recurso y el interés general se puede colegir lo siguiente:

1. El control posterior aparece en dos momentos: 1) como resultado de la auditoría interna o del control interno cuya responsabilidad es de las instituciones y 2) como resultado del control ejercido por la GCE y cuyo resultado final es la determinación de responsabilidades. Esto hace que exista una yuxtaposición de controles que no responden a un verdadero sistema. El uno no es la preparación del otro sino que el primero legitima la actuación de la administración en el momento y el segundo arranca desde cero pretendiendo ubicar todas las falencias de la administración, incluidas las del primer control para establecer responsabilidades.

2. Los estudios como elemento fundamental para la ejecución de una obra pública entran en la lógica explicada. Estos serán fiscalizados y validados en la mayoría de los casos internamente por los órganos administrativos. Pero al final ingresarán al control efectuado por la CGE en el momento de la recepción final de una obra cuando esta presente falencias en su estructura, que es lo que realmente ocurre.

3. El control interno al ser responsabilidad de los órganos administrativos y debiendo estos instalarlos, mantenerlos y perfeccionarlos, presenta una diversidad de mecanismos de control como instituciones existan. Esto hace que se presente una variedad de criterios que entrarán en conflicto con un control externo que se encuentra estandarizado y tiene una metodología establecida, demostrando la existencia de sistemas de control que se encuentran en la periferia del sistema y que en ningún momento se unifican.

4. Tanto la Ley como su Reglamento solamente dejan en letra muerta la existencia de un control previo, concurrente y posterior. Los definen y los ubican dentro de los conceptos de lo “justificable” o “necesario”. Es decir que estos podrán ser utilizados cuando entren en esta esfera conceptual. La utilización de estos tipos de control quedan ubicados por fuera del sistema de control gubernamental ubicándolos dentro del campo de la subjetividad de los funcionarios de turno.

5. El examen especial como herramienta de la auditoría interna tienen un gran desarrollo. Se caracteriza por ser efectuado con posterioridad a la ejecución de cada una

de las acciones de los órganos administrativos. El resultado final es el informe que tiene una estructura con comentarios, conclusiones y recomendaciones. Presenta un procedimiento que permite interactuar con aquellos funcionarios que en su momento participaron de las acciones y a los cuales se les puede pedir información y justificación de lo realizado. Además puede ser impugnado en vía administrativa y jurisdiccional. Este razonamiento permite concluir que esta es la forma más idónea de realizar control en el Ecuador, por lo que se limita el ejercicio del control, en el tema de obras públicas, a este procedimiento.

6. La auditoría de la construcción de obras públicas queda únicamente como un mero enunciado que se circunscribe a un artículo. En ella se mencionan varios elementos que de aplicarlos permitirían realizar un verdadero control que cumpla con el objetivo de proteger el recurso público y el interés general. La falencia está en que a pesar de este lírico enunciado, el tema del control recae nuevamente en el que se efectúa de forma posterior y tiene como herramienta el examen especial. Ejemplo de ello es el estudio de casos que se realizará en el capítulo tres de esta investigación en el que se analizará los informes emitidos por la CGE respecto de la construcción de obras emblemáticas en el Ecuador.

7. La definición del control continuo en el cual se encuentra incluido el previo, concurrente y posterior se ubica en la esfera de lo justificable. Es decir que este podrá aplicarse cuando existan ciertos elementos que califiquen la existencia de un mérito para poder ejercerlos. Esta descripción no tiene en cuenta que en todo procedimiento de compras públicas está en juego el recurso público y el interés general por lo que siempre será estimable efectuar un control. En este sentido la concepción del control se queda nuevamente en un elemento fluctuante que dependerá de los sujetos para que pueda realizarse.

8. La determinación de responsabilidades ocupa también una parte importante en el desarrollo de la norma, lo que permite concluir que lo que pretende la administración es la búsqueda de responsables. Afirma con ello la existencia del control posterior, ya que solo existe un responsable cuando las acciones han sido consolidadas con anterioridad.

3. Aporte de las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado

Las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado organizan el tema del control en “grupos”, “subgrupos” y “títulos de la norma” de acuerdo a códigos

establecidos. Para el análisis de los temas que se relacionan directamente con este estudio se trabajarán los grupos 100 y 400 los cuales corresponden al control interno, actividades de control, sistema de contratación, análisis de proyectos, programación y ejecución de obras.

El grupo 100¹⁰⁷ hace referencia al tema del *control interno* el cual fortalece la concepción determinada en la Ley y el Reglamento. En este se indica nuevamente que las instituciones a través de la máxima autoridad y sus funcionarios son los encargados del desarrollo y aplicación de los temas de control, debiendo tener en cuenta los temas más álgidos e importantes que manejen cada uno de los órganos.

El control interno debe cumplir con ciertos objetivos relacionados con la eficacia, eficiencia y prestación de los servicios; garantía y veracidad de la información; cumplimiento de normativa legal y protección del patrimonio contra posibles desviaciones a través de distintos mecanismos como: pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad, acto ilegal, etc.

El contenido de este grupo no realiza ningún aporte novedoso con relación a lo determinado en las normas analizadas en el acápite anterior, sino que de forma retórica fortalece la idea del control interno como responsabilidad de los mismos órganos. Más adelante aparece el enfoque sobre la auditoría interna, la que debe ser ubicada cuando exista una determinada justificación. Esta una vez creada dependerá técnica y administrativamente de la CGE, afirmación que ratifica lo antes dicho.

A pesar de que, las normas han ubicado la responsabilidad de la organización y manejo de control interno en la máxima autoridad y sus funcionarios, estas terminan de forma “sui generis” organizando dentro del grupo 400¹⁰⁸ (“actividades de control”) el sistema de control interno. Un control interno que tiene dos aristas: 1) aquel que se efectúa previo al compromiso y 2) previo al devengado, fijando acciones particularizadas para cada uno de los módulos o perfiles.

Es así que la norma 402-02 enumera los elementos que deben ser verificados en el control previo al compromiso. Estos consisten en observar que la operación financiera este apegada a la misión, programas y actividades de la institución, considerando que no existan restricciones legales y que se cuente con la certificación de fondos.

¹⁰⁷ Ecuador, *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*, norma 100-01, 100-02, 100-03.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, norma 400-02; 400-03.

En la norma 402-03 también se detalla los elementos que deben ser cotejados. Para esto se debe tener en cuenta la veracidad, razonabilidad y exactitud aritmética de la obligación; la cantidad y calidad de los bienes conforme lo descrito en la factura, ingreso a bodega o acta entrega recepción; que la transacción no varíe respecto de la propiedad, legalidad, conformidad del presupuesto establecido conforme el control previo al compromiso; que exista una documentación debidamente archivada y clasificada que respalde los ingresos.

En la práctica desde estas dos normas se ha estructurado un verdadero sistema de control interno que las instituciones efectúan previo a realizar la erogación de fondos. Por ello es que el tema del control se ha centrado en las unidades administrativas que desarrollan estas acciones. Ahora estas unidades son las responsables de manejar una revisión de los procedimientos desde un sistema que en el lenguaje del servicio público se lo conoce como “control previo al pago”.

Este “control previo” aparece una vez que se ha suscrito un contrato e inclusive cuando ya se ha ejecutado las obras, a las cuales no se hace referencia en estas normas. Desde la premisa de cumplimiento de requisitos legales se ha transformado en un control que tiene sustento en documentos. Un control posterior que fundamenta el cumplimiento de obligaciones en un expediente escrito.

El respaldo que tiene este control y en el que se verificará el cumplimiento de los requisitos legales son cada uno de los documentos emitidos por los funcionarios de acuerdo a sus responsabilidades. Esta situación demuestra que el control nunca va a estar referido a lo que acontece en la realidad, sino a lo que exponen los sujetos actuantes con su presencia en la suscripción de los documentos.

Esto va sumado además a que los funcionarios que ejercen este control no tienen el debido conocimiento de los temas de contratación de obra pública así como de aquellos incidentes técnicos que supuestamente se demuestran en los escritos. Estos últimos tienen algunos elementos que deben ser observados y fiscalizados el momento de su realización.

No es lo mismo fiscalizar a documentos, sobre todo en la ejecución de obra pública, que efectuar una constatación física y observar las falencias. De ahí que por lo general, los informes producto del control interno concluyen que existe incumplimiento por parte de los funcionarios competentes respecto de normas de control previo al pago, recayendo sobre aquellos la responsabilidad del control efectuado de forma deficiente.

La norma de control interno 406 desarrolla el sistema de contratación pública. Para ello indica primero como condiciones generales que las instituciones deben contar

con la certificación que acredite los fondos, elaboración de pliegos para los procedimientos, designación de miembros de la comisión técnica siguiendo el flujo de los procedimientos precontractuales de acuerdo al monto de la contratación.

En este sentido la norma termina repitiendo lo que se encuentra ya desarrollado en la LOSNCP de forma más detallada. En la práctica inclusive respecto de este tema se ha terminado creando medios electrónicos de control que de forma inexorable deben atender las instituciones.

Por ejemplo, la emisión de la certificación presupuestaria debe estar enlazada con el sistema electrónico que maneja el órgano encargado de las finanzas públicas así como con el plan anual de contrataciones y con los pliegos del procedimiento de contratación. Solamente de esta forma se hace posible la publicación y la convocatoria a aquellos proveedores que puedan estar interesados en prestar sus servicios.

En este sentido la norma de control interno termina redundando sobre un tema que ya ha sido absorbido por componentes electrónicos. El control en este sentido ya no depende de los sujetos que realizan cada una de las acciones. Por el contrario ha pasado a formar parte de un elemento intangible que en caso de incumplimiento obstruye el progreso de un procedimiento de contratación de obra pública.

Las normas de control interno dentro de este grupo hacen referencia también a la figura del administrador del contrato¹⁰⁹. Lo define como aquel sujeto sobre el cual recae la responsabilidad de observar el irrestricto cumplimiento de las obligaciones generadas. Este debe autorizar y consensuar ciertos incidentes que pueden presentarse así como suscribir las actas de entrega recepción parcial y definitiva.

En este sentido la norma sin aportar en más hace una definición lírica del administrador del contrato, cuando esta siendo una norma de control debería establecer ciertos elementos que permitan guiar su actuación durante la ejecución de una obra. La norma se mantiene en el mismo sentido general en el que se encuentra redactado el artículo 121 del Reglamento a la LOSNCP.

Además no establece directrices para su designación sino que por el contrario este puede aparecer en la escena muchas de las veces neófito y sin el conocimiento pleno de cuál es su labor. Trabajo que lo desarrolla tanto en el campo fáctico como haciendo el seguimiento de ejecución del contrato a través de medios electrónicos con el objeto de transparentarlos.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, norma 408-17.

Este administrador también cumple un papel de control que lo ubica de forma directa en la escena real de la ejecución del contrato de obra. El control que efectúa es concurrente y su actuación es determinante en la ejecución del contrato. De ahí que esta norma en nada aporta en mejorar su actuación, sino que por el contrario sirve como elemento con el cual se lo pueda juzgar una vez que haya terminado el periodo de actuación.

El administrador del contrato es una figura que por temas de control debería ser reemplazada por aquellos que efectúan el control externo. Es el momento exacto en el que debería intervenir el órgano de control con los mismos profesionales con los que realiza el control posterior. Por temas de carácter técnico y buscando proteger el recurso público ese sería el ideal.

Además el tema del control efectuado por el administrador es unipersonal y por lo general le resulta imposible llegar al análisis de cada uno de los componentes de la ejecución del contrato, así como de los incidentes que pueden dar lugar a efectuar complementos, cambios, rubros nuevos etc. Resulta prácticamente imposible que llegue a tener una visión precisa de la totalidad de la ejecución del contrato.

La misma norma de control interno se encarga de detallar los elementos que se deben tener en cuenta en la ejecución de una obra pública. Esta las va desarrollando en grupos diferentes como: libro de obra, control del avance físico, control de calidad, control financiero de la obra, procedimientos en casos de lluvia, medición de obra ejecutada, prórrogas de plazo y recepción de obras.¹¹⁰

Es la misma norma la que se encarga de determinar lo difícil y especializado que es efectuar el control a través de la administración del contrato. Esta muestra que se necesita de sujetos especializados que puedan observar los elementos técnicos en el desarrollo de la obra, mismos que deben tomar decisiones que pueden ayudar de forma trascendental en el desarrollo y la mejora de la misma.

Por lo que la figura del administrador debe ser cambiada por la de un equipo multidisciplinario. Estos efectuarán las mismas acciones que realizan en el control posterior pero de forma real. Esto garantizará que al final la ciudadanía reciba una obra conforme lo establecido en los requerimientos iniciales.

Por ende se evitará que de forma atemporal se proceda a exigir correcciones que busquen recuperar los recursos que posiblemente puedan perderse afectando el interés

¹¹⁰ *Ibíd.*, norma 408-21 hasta 402-29.

general de los ciudadanos. El control en este momento debe ser especializado y no entregado a determinados sujetos sin un análisis previo de los perfiles.

El SERCOP a través de la certificación de competencias ha buscado profesionalizar a todos los sujetos intervinientes en el desarrollo de procedimientos de contratación pública incluido los administradores de contratos. Esto en cierta manera es un avance que permite que los sujetos tengan conocimiento de sus obligaciones de acuerdo al rol que desempeñan, pero el control no solamente debe quedarse en el aspecto lingüístico sino que es fundamental la ejecución de los contratos en la realidad.

La normativa presenta a la par la figura del fiscalizador del contrato.¹¹¹ Este

establecerá un sistema para asegurar la correcta ejecución de la obra, mediante el control de la calidad, el avance físico y el avance financiero de la obra. Dichos controles conllevan una evaluación mensual, de los aspectos mencionados y la comunicación de resultados a los mandos superiores, incluyendo los problemas surgidos, especialmente cuando afectan las condiciones pactadas en relación al plazo, presupuesto y calidad de la obra.¹¹²

Es decir con él aparece la figura de un control anterior al que deberá ejecutar el administrador del contrato. Este es un control especializado que por lo general las instituciones contratan a través de consultorías, en el caso de que este servicio no pueda ser prestado por los funcionarios de la misma institución. Un tercero presta el servicio para efectuar el control y la correcta ejecución de la obra pública. Este control puede recaer en el sujeto que en su momento trabajó los estudios previos a la contratación.

La contratación de este control, si es el caso, compromete también recursos públicos. Hecho que en ningún momento asegura el alcance del objetivo que es la recepción a cabalidad de lo que en el inicio fue el ideal de obra pública. Es así que a pesar de existir estos controles en la realidad se presentan problemas al momento de proceder con la recepción de obras.

La figura de fiscalizador y administrador no ha logrado realizar un control efectivo que garantice la recepción de una obra que refleje la efectiva necesidad. Es obligatorio que se dé un giro a esta concepción y aparezca un control externo especializado. Este debe actuar con la misma fuerza como si fuera un control posterior que busca encontrar las falencias. El resultado sería un control en tiempo real que garantiza la entrega de una obra de calidad y protegiendo en sí el recurso público.

¹¹¹ *Ibíd.*, norma 408-18; 408-19.

¹¹² *Ibíd.*, norma 408-18.

4. El desarrollo del control en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y Codificación de Resoluciones del SERCOP

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) en el preámbulo considera

[que] es necesario crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos;¹¹³

Este sistema se lo define como el “conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes”¹¹⁴ y está compuesto por el “Servicio Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública”¹¹⁵, cada uno en el ámbito de sus competencias.

Este argumento visualiza que el desarrollo de un procedimiento de contratación de obra pública, ejecutado dentro del desarrollo de un sistema, se encuentra interconectado con el control efectuado por los órganos competentes. Es decir que de acuerdo a lo establecido en la Ley existe un control activo en el desarrollo de los procedimientos de contratación, el mismo que va desde la planificación hasta la ejecución.

Es así que la LOSNCP estructura un control preventivo y concurrente. Este se encarga de verificar las actuaciones de las administraciones y de forma más efectiva al contar con el sistema oficial de contratación (SOCE) en la que se transparentan todas las acciones de las entidades contratantes. Como se ha mencionado en párrafos anteriores el control a través del sistema de contratación se ha transformado en un buen mecanismo para evidenciar las acciones de la administración pero se presenta bastante limitado.

La LOSNCP establece al SERCOP atribuciones de control como: capacitar, asesorar, supervisar, revisar plazos insuficientes, especificaciones técnicas, presupuesto

¹¹³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, preámbulo.

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 7.

¹¹⁵ *Ibíd.*, art. 8.

referencial y parámetros de evaluación discrecionales. Aquí aparece otro órgano con capacidad de asesoría, situándolo también en momentos cruciales del control que tienen que ver con la protección del recurso público y la solidez de la obra que se pretende contratar.

Pero estas competencias se han visto reducidas a ciertos momentos que por lo general no están asociados a la contratación de obra pública. Respecto de lo mencionado se puede observar sendos ejemplos en los que el Servicio Nacional de Contratación Pública ejerce una potestad de control limitada:

1. *Dentro de la etapa de calificación del procedimiento de subasta inversa electrónica en el caso de existir un solo proveedor calificado.*¹¹⁶ Se suspende el flujo del procedimiento. En ese caso el SERCOP desde su potestad controladora solicita a la entidad contratante la justificación respectiva, conminando inclusive a solicitar la declaratoria de desierto del procedimiento en el caso de no existir suficiente descargo para proceder con la negociación con el único oferente calificado.

2. *En el uso de clasificador central de productos CPC relacionado con el objeto de contratación.*¹¹⁷ Si este no tiene relación con el objeto de la contratación y los términos de referencia el Servicio Nacional de Contratación Pública requerirá a que se realicen los correctivos necesarios. Esto permitirá que la dirección del procedimiento de contratación pública vaya a los proveedores que realmente están inscritos en este servicio, protegiendo el principio de concurrencia.

3. *Adquisición de bienes que se encuentran dentro del catálogo electrónico a través de un procedimiento diferente.*¹¹⁸ En este caso el SERCOP con el objeto de que se dé cumplimiento a lo determinado en la norma, procederá a suspender aquellos procedimientos que deben realizarse por catálogo electrónico y que por diferentes razones se efectúan por un procedimiento diferente. En base de aquello las entidades deberán tomar los correctivos necesarios para continuar con el procedimiento respectivo.

4. *Dejar sin efecto órdenes de compra generadas a través del catálogo electrónico de forma inusual y sin motivación.*¹¹⁹ Este tipo de acciones también están sometidas a un control concurrente. El SERCOP procede a controlar las acciones realizadas por las

¹¹⁶ Ecuador, *Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Suplemento, 29 de enero de 2018, art.266.

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 104; núm.1

¹¹⁸ *Ibíd.*, art. 168; núm.1

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 211.

entidades respecto de la generación de órdenes de compra las mismas que se han dejado sin efecto sin elementos que las justifiquen.

5. *Notificación de declaratoria de contratista incumplido o adjudicatario fallido al SERCOP fuera del término establecido para aquello.*¹²⁰ En el caso de que las entidades contratantes adecúen su accionar a esta afirmación, el SERCOP procede a comunicar al órgano de control este incumplimiento. Esta acción puede provocar que las instituciones contraten con proveedores que han sido declarados como incumplidos o adjudicatarios fallidos.

6. *Finalización de los procedimientos de contratación en el SOCE.* Con el objeto de que se cumpla con el principio de transparencia y se pueda realizar un seguimiento real de lo que acontece con los procedimientos efectuados, el SERCOP efectúa este control. Recomienda a las instituciones procedan con la finalización de los mismos publicando la información relevante.

De lo visto se puede concluir que el sistema concebido y estructurado en la LOSNCP se ha reducido a un control formal, el cual es efectuado por el órgano que dirige las compras públicas y comunicado en ciertos casos a la CGE. Además se reduce a ciertas prácticas de las administraciones públicas en el desarrollo de los procedimientos de contratación que por lo general se centran en subasta inversa y catálogo electrónico. La puesta en escena de la CGE se circunscribe al comunicado que por incumplimiento a recomendaciones pueda efectuar el SERCOP.

La estructura del sistema en el cual se encuentra incluido los órganos del control se presenta de forma condicionada. Es así que se pueden encontrar procedimientos de contratación pública que al final han sido observados por la CGE, publicados y finalizados en el SOCE. Situación que demuestra que no se ha permitido establecer esa unidad entre los diferentes elementos que forman parte del sistema.

El Sistema Nacional de Contratación Pública respecto del tema de control funciona en acefalía. Cada uno de los organismos que forman parte de aquel actúan desde su individualidad. El tema del control no ha logrado establecerse con solidez. Por ende no se puede verificar la actuación de las instituciones públicas de forma real lo que produce como efecto la vulneración del derecho a una buena administración.

Además la LOSNCP indica que “[c]orresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los

¹²⁰ *Ibíd.*, art. 43; núm. 1.

procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.”¹²¹ Es decir que la misma norma ubica al trabajo efectuado por la CGE de forma posterior a todas las actuaciones.

Entonces de acuerdo a lo analizado se puede concluir que LOSNCP parcialmente establece un control concurrente realizado por el SERCOP, mismo que responde a elementos determinados cuyas falencias deben ser justificadas. Esto rompe con la concepción de sistema en el cual debería ponerse en juego todos los elementos tal cual lo define la norma. En este deben interactuar todos los sujetos y conceptos de manera que al final se obtenga un resultado óptimo.

A pesar de lo antedicho el artículo 14 de la LOSNCP señala de forma contraria tres características con los que debe contar el control que son: 1) intensivo; 2) interrelacionado y; 3) articulado. Estos se perciben entre los diferentes entes que forman parte del sistema así como en las etapas precontractual, contractual y evaluación de los procedimientos. Dentro de este control se le encarga al SERCOP que realice ciertas acciones como:

- Observar el uso obligatorio del sistema.
- Verificar el uso obligatorio de los modelos de documentos
- Cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública
- Identificar que se contrate con proveedores que se encuentren registrados en el RUP y que no presente inhabilitada o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación.
- Determinar que la información se encuentre debidamente actualizada.

La mayoría de estas acciones de control han sido totalmente trasladadas a medios informáticos. Ahora únicamente utilizándolas se puede activar procedimientos de contratación pública, es así que solo mediante el uso del sistema se puede efectuar la convocatoria. Los modelos de pliegos son generados a través de aplicativos excepto cuando se efectúen procedimientos a través de régimen especial, para lo cual se deberá utilizar los modelos publicados en la plataforma del SERCOP.

En cuanto a los proveedores para que puedan participar necesariamente tienen que estar registrados en el RUP ya que las invitaciones son virtuales. Al existir una

¹²¹ *Ibíd.*, art. 15.

interrelación con el Sistema de Rentas Internas se asegura que el proveedor participante en un procedimiento de compras públicas se encuentre de principio a fin habilitado en el sistema de proveedores. El incumplimiento de obligaciones por parte del proveedor hará que este se inhabilite dejando suspendido el flujo del procedimiento hasta el cumplimiento de las obligaciones.

Este último elemento sí es una clara muestra de la interrelación entre los distintos órganos respecto del control de habilitación de los proveedores. El mismo obliga a que el proveedor cumpla con las obligaciones que tiene pendientes con el Estado. Solamente el cumplimiento efectivo de aquellas hará que este se habilite y pueda continuar con el desarrollo del procedimiento hasta llegar a la suscripción de los contratos.

Es verdad que con estos elementos se ha logrado establecer controles en el desarrollo de la etapa precontractual exigiendo al uso del MFC (módulo facilitador de contratación) para la generación de documentos y obligando a los proveedores a cumplir con los requisitos para encontrarse habilitados. Pero en relación a los procedimientos para la contratación de obra pública estos controles bordean solamente el fondo del problema. Esto en razón de que existen elementos más álgidos que determinan el éxito o el fracaso de los contratos.

Dentro de ciertos razonamientos estos controles se han convertido en elementos legitimadores de la actuación de las instituciones. En base a ello se argumenta que los organismos están cumpliendo a cabalidad con lo dispuesto en la norma por el solo hecho de publicar documentos en un sistema de compras. Inclusive le dan legitimidad al procedimiento indicando que se ha convocado a gran número de oferentes registrados en el CPC.

De ahí que en el tema de los procedimientos para la contratación de obra pública se debería tener en cuenta otros elementos. Entre ellos se deberían analizar: los estudios previos; determinación del presupuesto referencial; descripción de los requisitos con los que debe cumplir el proveedor en temas de experiencia y capacidad financiera; experiencia del personal técnico solicitado; score de contrataciones anteriores del posible adjudicatario, entre los principales.

Estos elementos son cruciales al momento de suscribir un contrato de obra pública. Los mismos deberían ser observados y analizados en el desarrollo del flujo del procedimiento de contratación. Primero porque para el arranque del proceso se contaría con estudios reales-factibles y segundo porque permitiría que al final se cuente con un

oferente probo y con las capacidades para cumplir con lo solicitado por la institución contratante.

El sistema debe extenderse a estos elementos fundamentales en las misma medida en la que se ha logrado controlar estos elementos de forma. Esto evitaría que: 1) se termine contratando con estudios que al momento de la ejecución de la obra requirieran de otros para solucionar las falencias y 2) los contratos se terminen de forma unilateral ya que los proveedores no tienen en su momento la capacidad técnica y económica para seguir adelante con los mismos.

A continuación a través de una comparación se muestra los controles que se aplican a la etapa precontractual de los contratos de obra pública así como los que se encuentran ausentes y sus efectos.

Tabla 4
Control contratos de obra pública

Control	Otros procedimientos	Contratación de obra pública
Dentro de la etapa de calificación del procedimiento de subasta inversa electrónica en el caso de existir un solo proveedor calificado.	En el proceso de subasta inversa electrónica se efectúa este control para el cual existe un umbral en relación al presupuesto referencial.	En este tipo de procedimientos no existe este control. La comisión técnica tiene la responsabilidad de emitir el acta de calificación. La misma sirve de sustento para proceder con la adjudicación del contrato.
En el uso de clasificador central de productos CPC relacionado con el objeto de contratación	Aplica para todos los procedimientos. Los que se pretende es verificar que los proveedores invitados sean realmente aquellos que están calificados en el CPC. Evita trasgredir al principio de concurrencia. Además que en el caso de existir restricción se requiera la respectiva autorización.	Aplica para este tipo de procedimientos.
Adquisición de bienes que se encuentran dentro del catálogo electrónico a través de un procedimiento diferente.	Los que busca es el cumplimiento de la norma evidenciando que solo en el caso de no existir en el catálogo electrónico se podrá utilizar otros procedimientos diferentes.	No existe este control ya que la construcción de obras no está catalogada.
Dejar sin efecto órdenes de compra generadas a través del catálogo electrónico de forma inusual y sin motivación	Evita el uso arbitrario de la generación y anulación de compras por catálogo electrónico.	Solo aplica para catálogo electrónico.

Notificación de declaratoria de contratista incumplido o adjudicatario fallido al SERCOP fuera del término establecido para aquello	Busca proteger que los posibles contratistas no tengan inhabilidades al momento de proceder con la suscripción de los contrataos respectivos.	Aplica para este tipo de procedimientos.
Finalización de los procedimientos de contratación en el SOCE	Con este control se procura requerir a las instituciones para que en cumplimiento del principio de transparencia se publique la documentación relevante.	Aplica también para este tipo de procedimientos. Lo que intenta es tratar de aparezca el control ciudadano a través de la verificación y análisis de documentos publicados. Cumplimiento del principio de legalidad.

Fuente: LOSNCP Y RLOSNCP
Elaboración propia

Tabla 5
Control ausente en los procedimientos de contratación de obra pública

Control	Contratación de obra pública	Efectos por falta de control presente
Estudios previos a la contratación	El único control que se efectúa a los estudios previos es el que realiza la institución el momento de recibir los productos de la consultoría. El efectuado por la CGE aparece de forma posterior inclusive cuando ya está en ejecución la obra contratada. Pueden existir casos en los que ni siquiera se cuente con el estudio previo al inicio de los procedimientos de compra.	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución de obras con defectos en diseños y estructuras. • Utilización de materiales de poca calidad que ha futuro presentarán falencias en la utilización. • Inicio de los procedimientos sin los estudios respectivos. • Desarrollo de obras sin planificación. • Construcción de obras sin justificación de la necesidad, mismas que pueden ser innecesarias o exageradas respecto del requerimiento real.
Determinación del presupuesto referencial	El presupuesto referencial puede ser el resultado de los estudios previos o elaborados y traídos a precios actuales por los funcionarios de las administraciones. Estos son sujetos a control posterior. Por lo general solamente una vez que ha	<ul style="list-style-type: none"> • Sobreprecios en los contratos. • Incremento del presupuesto el momento de la ejecución de la obra. • Obras inconclusas

	concluido los procedimientos se efectúa el análisis de los presupuestos establecido para la contratación.	
Requisitos con los que debe cumplir el proveedor en temas de experiencia y capacidad financiera	El control respecto de los requisitos exigidos para la selección del proveedor son revisados de forma posterior a la selección. Cuando ha sido adjudicado el contrato o suscrito.	<ul style="list-style-type: none"> • Establecimiento de requisitos con proveedores que al final terminan siendo únicos. • Vulneración del principio de concurrencia.
Experiencia del personal técnico solicitado	El control se realiza después de que el proveedor ha sido seleccionado.	<ul style="list-style-type: none"> • Direccionamiento de procedimientos de contratación a proveedores únicos que cuenten con el personal técnico establecido.
Score de contrataciones anteriores del posible adjudicatario	No existe en la legislación este tipo de controles respecto del historial de contrataciones de los posibles contratistas.	<ul style="list-style-type: none"> • Contratar con proveedores con deficiente capacidad técnica y financiera. • Suscribir contratos con personas naturales o jurídicas no probos. • Posibles casos de corrupción en la ejecución de los contratos.

Fuente: LOSNCP Y RLOSNC
Elaboración propia

5. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas como base del control

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) tiene como fin principal el establecimiento de una vinculación entre el sistema nacional descentralizado de planificación participativa y el sistema nacional de finanzas públicas. Busca además reglamentar la política pública, el plan nacional de desarrollo, el plan de los gobiernos autónomos descentralizados, el presupuesto general y los demás instrumentos que puedan ser aplicados respecto de la planificación.¹²²

Esta norma regula uno de los aspectos más relevantes del funcionamiento de las instituciones del Estado, reglamenta la planificación en todos los niveles de gobierno,

¹²² Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2018, art.1.

permite desde un primer momento determinar las necesidades trascendentales que tiene la sociedad inclusive con su participación directa, al hablar de planificación participativa. Estos elementos ayudan a desarrollar todas las acciones que implican la obtención del financiamiento para la ejecución de las actividades.

Al hablar de participación directa por parte de la sociedad la norma pone en las manos del sujeto que va a recibir la acción de la administración pública, el control. Escenario que presenta una situación cierta ya que la planificación del Estado va tener su fundamento en situaciones reales. Es la misma sociedad la que va a estructurar su tabla de necesidades y la que realizará el seguimiento de su cumplimiento. Es así que

[l]a información que generen los sistemas de planificación y de finanzas públicas es de libre acceso, de conformidad con lo que establecen la Constitución de la República y este código. Las autoridades competentes de estos sistemas, en forma permanente y oportuna, rendirán cuentas y facilitarán los medios necesarios para el control social [...] Las entidades a cargo de la planificación del desarrollo y de las finanzas públicas, y todas las entidades que forman parte de los sistemas de planificación y finanzas públicas, tienen el deber de coordinar los mecanismos que garanticen la participación en el funcionamiento de los sistemas.”¹²³

El COPFP establece también una forma de control estructural, entendido este como la vinculación que tiene que existir entre un plan central y los otros creados por las instituciones, lo que permite la interconexión entre todos los niveles de gobierno. Esta organización parte del *plan nacional de desarrollo* para finalizar en aquel que efectúan los Gobiernos Autónomos Descentralizados con la participación de la ciudadanía. Estructura que mostrará de forma fácil cuando los sujetos actúen por fuera del mismo, permitiendo realizar tareas para ubicar nuevamente esa acción dentro del engranaje armado por el Estado.

Para el efecto la norma determina las instituciones que integran parte del sistema descentralizado de planificación. La lista encabeza aquel órgano cuyo representante es la función ejecutiva y finaliza con aquellos que están formados por los ciudadanos. Esto demuestra el verdadero sentido de unidad que presenta el sistema de planificación ecuatoriano por lo menos en la norma.

El Sistema establece, de conformidad con lo indicado en el párrafo anterior, como elemento central al plan nacional de desarrollo. Este es el punto en el que deben converger las actuaciones de todos los niveles de gobierno así como la estructuración del

¹²³ Ibíd., art. 5. Núm. 4,5.

presupuesto general del Estado. Este es el elemento de control que permite guiar y observar el cumplimiento de las diferentes acciones realizadas por los órganos estatales.

Asimismo de él nacen los requerimientos, elementos que dan origen a las obras que necesita el país. Las mismas se atan a los ejes centrales de desarrollo como: educación, salud, vialidad, actividades económico productivas, como algunos de los ejemplos.

Este plan macro permite la elaboración de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Los mismos sirven de apoyo como instrumentos de gestión de los GADs para la elaboración de los planes de inversión y presupuesto. Frente a esto aparece como órgano de control la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo misma que respecto de los GADs deberá encargarse de establecer los lineamientos para la constatación del cumplimiento de las acciones planificadas.

Los GADs por lo general deben atender diferentes necesidades que tienen que ver con temas de infraestructura, estas se encuentran consolidadas en los planes de desarrollo. Por lo que, el órgano que se encarga de efectuar el control de la planificación debe verificar la conexión de estas con el plan nacional así como la veracidad de las necesidades. De lo contrario podrían autorizarse planes ideales que en nada representen lo requerimientos de la sociedad así como su desconexión con la macro planificación.

Otro de los elementos de importancia que desarrolla la norma en análisis es la inversión. La define como el “conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación.”¹²⁴

Por lo general la construcción de obra pública está relacionada directamente con los proyectos de inversión. En ellos se verán reflejadas la capacidad que tiene el Estado para atender cada una las necesidades de los ciudadanos. Además, permitirá el incremento del patrimonio estatal así como el aumento de la capacidad de producción y generación de riqueza.

Por ello es que los planes de inversión “son el conjunto de programas y proyectos de inversión, debidamente priorizados, programados y territorializados, de conformidad con las disposiciones de este código. Estos planes se encuentran encaminados a la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y de los planes del gobierno

¹²⁴ *Ibíd.*, art. 55.

central y los gobiernos autónomos descentralizados.”¹²⁵ Es así que los proyectos de obra pública desde su origen deben someterse a un control que garantice que su cumplimiento responda a los objetivos propuestos.

Estos planes de inversión son formulados por la Secretaría Nacional de Planificación (competencias transferidas a la Secretaría Técnica de Planificación “Planifica Ecuador”) para las instituciones que se encuentran incluidas dentro del presupuesto general del Estado, entidad que determinará las prioridades para la ejecución de estos. Respecto de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y otras instituciones son estas mismas las que se encargaran de su elaboración y priorización a través de sus directorios y máximas autoridades dependiendo del caso.

Al final, a pesar de que se establecen dos parámetros para el establecimiento y ejecución de los planes de inversión como son: el plan anual de desarrollo y la participación de la ciudadanía, estas terminan quedando de lado cuando la priorización de la ejecución de estos planes deben ser determinados por los órganos. Ciertas priorizaciones, la mayoría de las veces, responden a intereses políticos que actúan inclusive fuera del plan establecido, rompiendo con esa estructura de control que se instauró desde el principio y dejando a la arbitrariedad de los funcionarios de turno. Es así que se pueden observar construcciones de obras innecesarias y subutilizadas cuando en su momento pudieron existir otras prioridades.

El COPFP como se dijo el primer párrafo de este apartado busca vincular dos sistemas. El sistema de planificación participativa y el sistema nacional de finanzas públicas, el primer elemento ha sido analizado en este apartado. En relación al segundo el artículo 70 de la norma define el Sistema Nacional de Finanzas Públicas como “el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos, con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas públicas establecidas en esta Ley.”¹²⁶

El ente rector de este sistema es el Ministerio de Economía y Finanzas, mismo que tiene dentro de sus objetivos y atribuciones: “La efectividad, oportunidad y equidad de la asignación y/uso de los recursos públicos”¹²⁷ así como el “Requerir a las entidades,

¹²⁵ *Ibíd.*, art. 57.

¹²⁶ *Ibíd.*, art. 70.

¹²⁷ *Ibíd.*, art. 72 Núm. 3.

instituciones, organismos y personas de derecho público y/o privado, la información sobre la utilización de los recursos públicos...”¹²⁸

En base a lo determinado en el párrafo anterior se evidencia que este ente rector tiene competencias de control como: 1) solicitar a los organismos información sobre la utilización de recursos públicos y 2) cumplir con efectividad, oportunidad y equidad la asignación y uso de estos. Antes del otorgamiento de los recursos para el inicio de procedimientos de contratación, las instituciones deben justificar al ente rector la ejecución de ciertos procedimientos mismos que se encuentran enlazados con los planes de desarrollo.

Este es el momento oportuno para realizar un control efectivo respecto del requerimiento para ejecución de obra pública. El no otorgar recursos para la ejecución de obras que no son necesarias o se notan sobredimensionadas sería un buen mecanismo de protección de los recursos del Estado. Este es el instante en el que se debe establecer procedimientos efectivos que determinen la existencia de las necesidades así como verificar los valores a emplearse.

Con el objeto de proteger de forma real el interés público y encausar la buena actuación de la administración, el ente rector de las finanzas debería preguntarse ¿cuál va a ser el destino del gasto antes de entregar el recurso? Éste debe desarrollar un análisis profundo, ponderando cuales serían las implicaciones para la economía estatal. No es lo mismo efectuar una erogación de fondos para la adquisición de un paraguas francés suntuoso que arreglar el techo de la casa que tienen una gotera.

La ley ha otorgado además, a éste órgano rector de las finanzas públicas, ciertas atribuciones que permiten una distribución responsable del recurso que no se aplican. Lo que hace éste es otorgar recursos sin un análisis técnico previo. Esto facilita la consecución de los mismos para cuestiones que se convierten en suntuosas e innecesarias, dejando de lado aquellas que son primordiales para la sociedad.

En conclusión la norma crea un sistema de planificación y finanzas ideal. Pero en la práctica se lo aplica de forma distorsionada. Por lo general estos únicamente quedan establecidos en documentos y las instituciones en la práctica funcionan fuera de él. El momento de otorgar los recursos o atender requerimientos es un momento crucial para establecer un primer control fuerte. Esto nos llevaría a proteger el recurso ya que si no se

¹²⁸ *Ibíd.*, art. 74 Núm. 13.

cuenta con él, las excentricidades de las administraciones detectadas a tiempo no pueden ser ejecutadas.

Capítulo Tercero

Estudio de casos: Informe DNAI-0035-2018; Informe DAPyA-0059-2018; Informe DNA2-0018-2018

Este capítulo tiene como propósito analizar tres casos emblemáticos de construcción de obra pública que han sido observados y se encuentran publicados en el portal de la CGE. Los contratos fueron ejecutados y recibidos a satisfacción implicando la erogación de recursos públicos. Estos se eligieron en virtud de su objeto, monto y la alarma social que provocaron en su momento por sus incumplimientos y pagos en exceso.

En base a ellos se demuestra que el sistema de control no cumple con su objetivo. Lo único que hace es evidenciar las falencias de este y buscar responsables en los funcionarios que actuaron en su momento. Así mismo se evidencia la falta de planificación y el riesgo que corre la administración al suscribir contratos de obra que no tienen el suficiente sustento o que incumplen con ciertos requisitos esenciales, vulnerando los derechos de los ciudadanos.

1. Análisis informe DNAI-0035-2018 “Construcción del complejo judicial de Babahoyo”¹²⁹

El examen especial cuyo resultado fue el informe general No. DNA1-0035-2018 (Construcción del complejo judicial de Babahoyo) efectuado por la CGE resulta, de muchos otros, importante en esta investigación. Este aborda el control de una Contratación de Obra Pública teniendo en cuenta todos los elementos desde los estudios previos hasta la ejecución del contrato según el siguiente detalle:

Tabla 6

Procedimientos examinados por la CGE en informe DNA1-0035-2018

No de Contrato	Procedimiento	Valor
108-2011	Etapas contractual del contrato de Diseños y Estudios para Unidades Especializadas de la ciudad de Babahoyo, desde el establecimiento de multas del informe DAPyA-0006-2014.	\$42.690,00

¹²⁹ CGE, “Examen especial a los procesos de contratación de prestación de servicios y obra relacionadas con los estudios, diseño y construcción del complejo judicial de Babahoyo, recepción y uso, en el Consejo de la Judicatura, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2016”, *Contraloría General del Estado, Ecuador*, 25 de abril de 2018, <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=54036&tipo=inf>

CDC-CJ-DNA-005-2013	Estudio de suelos para la construcción del Complejo Judicial de Babahoyo.	\$4.930,00
180-2012	Etapla contractual del contrato de fiscalización de la construcción de la obra del Complejo Judicial de Babahoyo	\$139.762,70
165-2012	Etapla de ejecución, posterior a la primera planilla del contrato para la construcción del complejo judicial de Babahoyo, provincia de Los Ríos.	\$3.992.903,39
Total		\$4.180.286,09

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0035-2018

Elaboración propia

El análisis de este informe permite verificar cómo funciona el control interno y externo en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública. Asimismo, el análisis de la actuación de los órganos de la administración con el objeto de proteger el recurso público y la afectación a la ciudadanía en el sentido de que esta obra de gran envergadura permite mejorar el servicio de administración de justicia.

Es así que sin tomar el orden utilizado en el informe general abordaré primero el contrato para la elaboración de diseños y estudios para las unidades especializadas. Además, el nuevo procedimiento con el que se contratan estudios de suelos para establecer las características mecánicas y el tipo de cimentación de las estructura para la construcción del Complejo Judicial de Babahoyo, rubro que ya existió en la primera consultoría. La suma de los dos contratos da un valor total de \$47.620,00. Posterior a ello me referiré a la etapa contractual y de ejecución.

Es necesario mencionar que, los estudios son el elemento principal para la ejecución de un contrato de obra pública. En ellos se encuentran contenidos los presupuestos arquitectónicos así como los económicos para la ejecución de la obra. A través de estos se procede a seleccionar el proveedor más idóneo para la ejecución así como determinar los posibles riesgos que puedan afectar su ejecución. Por eso es que los órganos de la administración deben efectuar un control preciso el momento de recibir y erogar fondos por este concepto.

En el caso objeto de investigación, contrario de la importancia que tienen los “estudios” según lo expresado en el párrafo anterior, se observa una falta de diligencia por parte de los funcionarios que ejercen el control. Primero por un contrato inconcluso que a pesar de haber pasado 5 años no ha llegado a su finalización y segundo por la falta de criterio respecto de un informe presentado para su aprobación. En el siguiente esquema se evidencian estos elementos:

Tabla 7
Desarrollo procedimiento para contratación de estudios

Fecha	Actuación de la administración	Observaciones
26/10/2011	Suscripción de contrato de consultoría en la cual se establece 15 días de plazo. Posterior de aquello se suspende la ejecución del contrato para la revisión del sitio de implantación.	La Administración no tiene seguro el sitio para la construcción de la obra. Por lo tanto se evidencia inconsistencia entre el requerimiento y el producto que se pretende obtener de la consultoría.
12/03/2012	Reinicio de las actividades	La administración suspende la ejecución del contrato y no indica el término en el que debe retomarse el inicio de las actividades.
23/03/2012	Entrega informe de los estudios previos	El proveedor entrega el informe de la consultoría.
08/11/2012	Administrador del contrato indica que cumple.	El administrador del contrato indica el cumplimiento pero no se suscribe el acta de recepción provisional, tampoco se emite observaciones y no se llega a legalizar el acta entrega final.
09/11/2012	Contratista solicita el pago respectivo	La administración pública no tramita el pago del 50% del contrato por que la consultoría no se encuentra finalizada.
03/01/2013	Se indica que la aprobación de los planos no está realizada, tiene 5 días.	A pesar de que el administrador del contrato indicó que la consultoría cumple se solicita efectuar el trámite para la aprobación de los planos. El tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato es de un año y dos meses aproximadamente.
11/01/2013	Planos aprobados.	El contratista entrega los planos aprobados por la Municipalidad.
20/01/2013	Solicitud de pago	El contratista requiere nuevamente se proceda con el pago por los productos entregados.
05/02/2013	Funcionarios indican que la consultoría cumple con el objeto del contrato.	Funcionarios se ratifican en los productos entregados por el contratista cumplen con lo requerido por la institución.
25/02/2013	Administrador recibe producto sin responsabilidad.	Se recibe nuevamente el producto más no se suscribe el acta entrega recepción provisional peor aún la definitiva.

25/03/2013	Se dispone validar información recibida.	Se dispone nuevamente validar información requerida.
Mayo 2013	Se valida la información recibida	Servidores validan nuevamente los productos de la consultoría.
26/11/2013	Se indica que la consultoría se recibió a satisfacción	Los funcionarios indican que los productos objetos de la consultoría fueron recibidos a satisfacción.
04/12/2013	Se indica que no hay informe final.	Los servidores indican nuevamente que no existe informe final.
13/03/2014	Se evidencia la existencia de errores en memoria técnica, planos sin forma de responsabilidad, inconsistencia en rubros , no existe validación de estudio de suelos, plano topográfico no está de acuerdo con la medición del solar, etc.	Dos años y medio después a pesar de que existieron informes en su debido momento de que los productos se recibieron a satisfacción se observa la existencia de errores en los productos objeto de la consultoría que afectan la ejecución de la obra.
20/03/2014	Terminación por mutuo acuerdo. Solicitud de ratificación y rectificación de informe.	Se solicita nuevamente análisis del informe de recepción de la consultoría.
16/03/2015	Evidencian errores en consultoría.	Insistencia en errores en la consultoría.
10/04/2015	Solicitud de otra revisión.	Insistencia en otra revisión.
08/05/2015	Necesidad de rectificación de errores al contratista.	Cuatro años después se solicita rectificación de errores cuando el plazo del contrato era de 15 días.
01/07/2015	Solicitud de corrección de errores al consultor (15 días plazo)	Se otorga un plazo de 15 días para solución de errores en los productos de la consultoría.
02/09/2015	Consultor indica que la consultoría fue entregada en el año 2012.	La consultoría fue entregada a satisfacción en el año 2012.
09/04/2016	Consultor remite estudios.	5 años después el contratista remite estudios.
20/07/2016	Se insiste en la revisión de los nuevos estudios.	Insistencia de nueva revisión.
16/12/2016	No han sido corregidos los productos (5 años sin finalizar; obra civil terminó unilateralmente).	Después de cinco años no se cuenta con el producto elemento esencial para el inicio de la construcción de la obra misma que de forme increíble terminó unilateralmente.

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0035-2018

Elaboración propia

De cada uno de los hechos detallados se puede colegir que el control externo lo que hace es evidenciar que la actuación de la administración pública es un fracaso. Está

no logra armar y transmitir un argumento sólido de la necesidad de la construcción de obra pública que un primer momento lleva a suspender la ejecución del contrato. Además reiniciado el mismo resulta inverosímil observar que un contrato previsto entregarse en el plazo de 15 días, termine extendiéndose por cinco años y todavía no exista recepción final del producto.

En este sentido la administración pública no cumple con el objeto de proteger el recurso público y velar por los intereses de la ciudadanía que necesita la ejecución de la obra. Además los controles tanto interno como externo no aparecen por el lapso de cinco años. Existe un anticipo entregado que responde al 50% del presupuesto referencial que en ningún momento ha sido devengado sin que los administradores de los contratos exijan el cumplimiento e impongan las multas respectivas.

Además esta falta de control lleva a requerir un nuevo procedimiento de contratación pública cuyo objeto responde a una parte del estudio anterior que todavía no ha sido finalizado, lo que implica una nueva erogación de fondos. Respecto de este caso el control externo aparece el momento que ya ha sido entregado el nuevo producto. El control interno que se efectúa previo al pago en el compromiso, devengado y tesorería tampoco evidencia nada ya que se procesan los pagos solicitados respecto del anticipo, y pago final por un nuevo servicio de consultoría.

La contratación de este nuevo servicio indica la falta de cuidado por parte de la administración pública respecto de lo que realmente necesita. El sistema de control que entrelaza al interno y externo no cumple con su objetivo. Este permite que se ejecuten contratos sin que exista la necesidad de los mismos, lo que implica erogación de fondos sin fundamento y la entrega de un producto que ya fue recibido con anterioridad.

Nuevamente el control posterior solamente aparece para describir los hechos y determinar responsabilidades, lo que indica que este no es oportuno y efectivo. Muestra además que el consultor con el que se contrató de forma directa no cumplía con los requisitos establecidos por la misma institución, pero a pesar de aquello se lo habilitó para que suscriba el contrato respectivo. Elementos que el control interior no avizoró provocando la suscripción de un contrato con un oferente no calificado y sobre un producto que no era necesario.

Dentro del desarrollo de este procedimiento la administración pública el 20 de octubre de 2012 procede a contratar la fiscalización de la obra, sin contar todavía con los estudios definitivos, para lo cual se establece un anticipo del 50% del valor del contrato,

mismo que fue pagado el 05 de noviembre de 2012. El control interno el momento de efectuar la erogación de fondos nada dijo respecto de esta contratación.

El fiscalizador también solicitó el pago de una primera planilla por concepto de avance de la obra e informó en el siguiente periodo que la obra se encuentra suspendida a la espera de un contrato modificatorio. Esto demuestra la falencia de la administración al iniciar un procedimiento de contratación que no contaba con los estudios respectivos, sin que el sistema de control establezca un bloqueo a esa acción.

Así también nada se hizo para finalizar el contrato de fiscalización. Este se encuentra abierto a pesar de que el de obra fue terminado unilateralmente hace un tiempo atrás. La administración pública no logró controlar de forma eficiente todas las acciones que ocasionan afectación a recursos públicos así como al interés general.

El sistema de control externo llega de forma tardía, ya cuando todas las acciones han sido realizadas. Lo único que resta es observar toda la desorganización que produce el iniciar un procedimiento sin un requisito fundamental como son los estudios técnicos previos, mismos que permiten ejecutar los contratos de obra pública de forma idónea.

Lo más contradictorio es que se procede a la suscripción del contrato de ejecución de obra del complejo judicial de Babahoyo sin contar con el elemento fundamental con el que se desarrollará este trabajo, los estudios. Tampoco se entiende como se pudo desplegar un procedimiento sin tener un informe final que permita elaborar todos los documentos de la etapa precontractual hasta elegir el proveedor calificado.

El resultado de todo este accionar de la administración pública provoca los siguientes efectos:

1. Incremento de rubros que no se encuentran incluidos en los estudios respectivos por un valor de \$437.818,15.
2. Informe para terminación por mutuo acuerdo del contrato justificando que los estudios producto de la consultoría no son satisfactorios.
3. Notificación para terminación por mutuo acuerdo del contrato sin respuesta del contratista.
4. Terminación unilateral del contrato y solicitud de devolución del anticipo.
5. Incumplimiento de la administración en el descuento de valores que no tienen sustento técnico ni legal.
6. Ejecución de garantías de buen uso del anticipo y fiel cumplimiento del contrato.
7. Abandono de la obra a la intemperie factor que provoca su destrucción.

8. Demanda de la entidad contratante ante el Tribunal Contencioso Administrativo por daños y perjuicios.

9. Dos demandas del contratista solicitando dejar sin efecto la resolución de terminación unilateral así como requiriendo la nulidad del contrato.

Todo el escenario descrito en los numerales mencionados representa la desconexión que existe entre los diferentes elementos del sistema de control. El resultado final es la no ejecución de la obra. La entrega de recursos que pudieron haber sido utilizados para solventar otras necesidades. La realización de otros procedimientos que se deben efectuar para recuperar los fondos que fueron otorgados a los contratantes.

En conclusión el control posterior efectuado por la CGE lo que hace es evidenciar la actuación errónea de la administración cinco años después de la suscripción del contrato para los estudios previos. Acto que en nada permite resarcir el derecho a que los ciudadanos cuenten con un inmueble con las facilidades para la ejecución de trámites judiciales, por lo que termina afectando el derecho a la buena administración. Ergo, el sistema de control no cumple con su cometido que es verificar la calidad del gasto y el cumplimiento de las necesidades que representan el interés general.

2. Análisis informe DAPyA-0059-2018 “Proceso de contratación y construcción de la Ruta Viva”¹³⁰

El análisis del presente caso hace referencia solamente al procedimiento de contratación y construcción de la “Ruta Viva” en sus dos fases más no al tema del control ambiental y fiscalización. Frente a este procedimiento la CGE evidencia las siguientes novedades respecto de la fase I que provocaron el incremento de plazos y el aumento de los costos contractuales:

Tabla 8
Ejecución de obra sin estudios definitivos ruta viva fase I

Estudios previos	Ejecución del contrato
Falta de liberación de predios (De conformidad con las obligaciones contractuales es	Provoca impedimento para excavación y construcción de paso inferior y superior.

¹³⁰ CGE, Examen Especial de Control Ambiental e Ingeniería al proceso de contratación y construcción de la “Ruta Viva” a cargo de la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS”, *Contraloría General del Estado, Ecuador*, 10 de marzo de 2014, <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=22425&tipo=inf>

responsabilidad de la entidad contratante el haber realizado el trámite pertinente de manera que no exista demora ni incremento en los rubros contratados).	
Interferencia de servicios públicos (La contratante no solicitó a las instituciones públicas y privadas el detalle de obras y servicios que interfieren en el desarrollo de la obra para proceder con la pronta reubicación)	Creación de rubros nuevos; Rediseño redondel de Lumbisí, incremento de plazo y costos previstos.
No se cuenta con planos de diseño planimétrico y altimétrico. Escalón Lumbisí (A los diez meses de la suscripción del contrato se entrega los rediseños definitivos por la aprobación de un nuevo proyecto urbanístico, lo que indica que al inicio de la contratación no se contó con estudios debidamente aprobados)	Modificaciones del proyecto contratado.
No se tiene el diseño definitivo para la estabilización de taludes (No se contó con los estudios y diseños previos aprobados)	Rediseño para la estabilización de taludes (el contrato no prevé la construcción de muros de estabilización sino únicamente de protección contra la erosión)
Incompatibilidad entre el diseño del drenaje de superficie y el volumen de agua proyectado lo que puede causar el daño de la infraestructura vial. Por esto el diseño original es inaplicable.	Rediseño escalón Lumbisí. Esto indica que no se contó con los estudios previos debidamente aprobados.
No se previó la intersección de la ruta viva con la vía perimetral Quito la cual estaba a cargo de la misma entidad contratante	Genera la eliminación del PS4 del contrato de construcción, esto da origen a las variaciones de obra contratadas.
La estructura del pavimento diseñado no es la adecuada. (Cambio de estructura del pavimento y de la rodadura a base de un estudio realizado por la contratista y la fiscalización).	Creación de rubros nuevos y reprogramación de trabajos. Se evidencia que los estudios no estaban actualizados.

Fuente: CGE, Informe General No. DAPyA-0059-2014
Elaboración propia

En este informe se evidencia nuevamente que el “control interno” responsabilidad de la máxima autoridad y los servidores no funcionó. Este permite el inicio de un procedimiento de contratación y ejecución de un contrato incumpliendo con lo establecido en el artículo 23 de la LOSNCP. No se activa el sistema de control

ocasionando inclusive que obras ejecutadas por la misma entidad contratante produzcan su rediseño.

Esto demuestra que el sistema de planificación, estructura en el cual se encuentran las acciones que coordinadamente deben efectuar las entidades contratantes, también colapse. Este no ejerce el control debido ya que una actividad de la misma entidad obstruye el flujo normal de la ejecución del contrato provocando que exista una variación en el desarrollo de las obras.

Sería ideal que todas estas observaciones evidenciadas por el órgano contralor posterior a la ejecución, las cuales llevaron a la suscripción de contratos complementarios, ejecución de rubros nuevos y rediseño de la obra originaria, aparezcan como resultado del funcionamiento del sistema control con todas sus aristas antes de la ejecución de la obra. Esto evitaría la afectación que en la práctica provoca a la ciudadanía así como al recurso público.

Así mismo, la entidad contratante no efectúa la recepción provisional de los trabajos que comenzaron a ser utilizados por la ciudadanía, lo que provoca la no realización de los mantenimientos respectivos por parte del órgano de la administración. El efecto es el deterioro rápido de la obra afectando directamente al uso que los ciudadanos le dan en el día a día. En el control posterior ejecutado por la CGE se concluye que:

El Gerente de la Unidad de Proyectos Especiales de Vialidad, administrador del contrato en el período de gestión correspondiente, incumplió la Norma de Control Interno 408-17 y el numeral 16.1 de la cláusula décimo sexta del contrato, al no realizar las recepciones parciales provisionales del tramo comprendido entre el intercambiador “Auquitas” y el intercambiador y escalón de “Lumbisí”; y, de las vías secundarias del sector “La Primavera”, no obstante que se encuentran al servicio del público desde el 4 de diciembre de 2013 y 21 de febrero de 2014, respectivamente; de igual forma, inobserva el numeral 16.2 de la cláusula décimo sexta del contrato, en concordancia con el artículo 122 del Reglamento General de la LOSNCP, al incumplir los términos fijados en ese cuerpo legal para tramitar y suscribir el acta de entrega recepción provisional, evidenciándose una falta de mantenimiento y limpieza de las obras ejecutadas y que se encuentran en servicio de la ciudadanía, por parte de la EPMOP.¹³¹

Frente a esta observación recomienda que:

[e]l Gerente General de la EPMOP, ordenará al Gerente de la Unidad de Proyectos Especiales de Vialidad, administrador del contrato que, si los trabajos del tramo examinado están concluidos realice la recepción provisional del proyecto Ruta Viva Fase I, de conformidad con lo establecido en la Ley y el contrato, y que elabore y ejecute un plan de mantenimiento de las obras, para evitar un deterioro prematuro de las vías y estructuras que se implantan en el proyecto y que la operación de la Ruta Viva se efectúe

¹³¹ *Ibíd.*, 32.

en los mejores estándares de calidad para beneficio de la comunidad usuaria del proyecto.¹³²

El informe en el que se emite esta recomendación es aprobado el **24 de diciembre de 2014** y la fecha en la que se comenzó hacer uso de la vía es el **04 de diciembre de 2013 y 21 de febrero de 2014**. Por lo que existe el lapso de un año entre la actuación de la administración y el control cumplido por la CGE en el que se emite las observaciones y recomendaciones, las mismas que podrán volver a ser revisadas en un próximo examen de seguimiento. Escenario que demuestra la pánfila actuación del control externo y la nula del interno que termina vulnerando los derechos de la ciudadanía a una buena administración.

En relación a la construcción de la ruta viva fase II la CGE localiza observaciones similares que las encontradas en el primera parte del proyecto. Este evento provoca la suspensión temporal de los trabajos por el lapso de cuatro meses por los siguientes motivos:

- Modificación del diseño de los colectores
- Ajustes de niveles en vías de servicio y diseño de ciclovía.
- Trabajos de rescate arqueológico.
- Trámite para la liberación de los predios.
- Falta de expropiación y complementación de diseños.
- Ajuste de diseños de drenaje.
- Pendiente la entrega de diseños de iluminación y señalización.
- Cambio de diseño de pavimento.
- Diseño de paso superior en intercambiador intervalles
- Interferencia de servicios públicos (red de riego)

Estos hechos provocan que se amplíen los plazos del contrato, la creación de rubros nuevos, suscripción de contratos complementarios y órdenes de trabajo. Además el proyecto corre el riesgo de paralizarse ya que existe un incremento de \$22.000.000.00 del presupuesto original, para lo cual la entidad ha logrado certificar \$9.292.385,27 existiendo un déficit de \$12.707.614,73.

Frente a esto el órgano que realizó el control externo ha realizado las siguientes recomendaciones:

- Revisión de los diseños planos y especificaciones.

¹³² Ibíd.

- Obtención de los documentos de los propietarios de los predios que serán intervenidos por la construcción de la obra.
- Emisión de las declaraciones de utilidad pública.
- Inscripción de las declaratorias de utilidad pública.
- Efectuar el trámite para la obtención de los permisos provisionales de paso.
- Realización del avalúo de los predios.
- Registro de escrituras de compraventa y pago de indemnizaciones.

Como se puede observar el procedimiento de contratación se inicia sin contar con los estudios previos. El control interno efectuado por los diferentes funcionarios no logra coordinar y establecer de forma precisa un estudio actualizado que permita cumplir con los plazos y presupuesto. Esta acción termina afectando al interés general respecto de la entrega de la obra dentro de los tiempos, así como la elección del proveedor ya que muchos interesados pueden haberse quedado por fuera de la participación por ciertos elementos que posteriormente sufrieron variaciones.

La misma administración evidencia esta problemática cuando transcurridos seis meses desde la firma del contrato se suscribe un acta de inicio que en la cláusula segunda dice:

[...] a partir de la suscripción del presente instrumento comienza a decurrir el plazo contractual..., toda vez que se han cumplido las dos condiciones de: acceso al sitio, ya sea por acuerdo privado o por orden judicial; y, la entrega del anticipo por parte de la EPMMOP a la Contratista.-...**TERCERA SUSPENSIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL:** .- El Contratista, dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la celebración de la presente acta, deberá realizar la implantación del proyecto con el estudio topográfico correspondiente; y, si como resultado de este proceso, fuere necesario contar con nuevos accesos, previo informe favorable de la Fiscalización, presentará un informe técnico que contenga los requerimientos que por efecto de accesibilidad fueren necesarios. La EPMMOP, en el transcurso o hasta el plazo máximo de sesenta días contados a partir de la fecha que sea notificado, con esta petición, procederá a entregar un documento que certifique la accesibilidad a todos los lotes afectados para el correcto desarrollo, ejecución y **CONSTRUCCIÓN DE PUENTES SOBRE LOS RÍOS SAN PEDRO Y CHICHE...**- En caso de que la EPMMOP dentro del plazo previsto en el párrafo anterior, no entregue al contratista el documento que certifique la accesibilidad a los lotes afectados por solicitud del contratista, procederá a la suspensión parcial del plazo contractual, y a la reprogramación del cronograma de ejecución, en el que constará la fecha de finalización del plazo contractual, en conformidad a las estipulaciones contractuales pertinentes...¹³³

Al observar estas acciones se deduce que la administración pública actúa sin control. Primero, suspende la obra por no contar con estudios fundamentales para ejecutar

¹³³ *Ibíd.*, 59.

la obra. Segundo, suscribe un documento utilizando una cláusula de suspensión que demuestra nuevamente la falta de seguridad respecto de la información con la que cuenta la institución. Tercero, endilga al contratista la responsabilidad de que en el proceso de ejecución del contrato descifre la existencia de la necesidad de nuevos accesos que mediante informe técnico deberán ser informados a la contratante. Cuarto, la administración requiere tiempo para el cumplimiento de obligaciones con las que se debía contar antes de la ejecución del contrato. Quinto, el órgano de la administración nuevamente podrá suspender la obra y reprogramar la ejecución de los trabajos.

Por lo tanto el sistema de control lo único que hace es corroborar y ser parte de las actuaciones de la administración. Encargarse posteriormente de observar y recomendar la actuación futura, sin tener en cuenta que esas acciones u omisiones han provocado problemas reales que debían haberse solventado en ese momento. El incumplimiento con los dueños de predios al no haber efectuado los trámites de expropiación indemnizándoles; el retraso en el pago del anticipo para inicio de la ejecución de la obra; y la falta de estudios son muestra de aquello.

3. Análisis informe DNA2-0018-2018 “Construcción del edificio de laboratorio, edificio de transferencia de tecnología, edificio de administración y gestión, auditorio del campus universitario Yachay”¹³⁴

La construcción de la Universidad del Conocimiento Yachay es uno de los proyectos emblemáticos con el cual se pretende revolucionar la educación superior en el Ecuador. Para iniciar su construcción se contó con un Plan Maestro elaborado conjuntamente con la firma Coreana IFEZ (Incheon Free Economic Zone) cuyo apéndice contenía los planos y diseños originales de los inmuebles.

A través de los instrumentos jurídicos No. 0022-2013 y su complementario No. 0038-2013 suscrito con la compañía Hospiplan Cía. Ltda. se contrató los Estudios de zonificación general y área académica: edificios de laboratorio, edificio de transferencia de tecnología, edificio de administración y gestión, restaurante y biblioteca del campus

¹³⁴ CGE, Examen especial construcción del edificio de laboratorio, edificio de transferencia de tecnología, edificio de administración y gestión, auditorio del campus universitario Yachay, *Contraloría General del Estado, Ecuador*, 10 de marzo de 2014, <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=52064&tipo=inf>

universitario de Yachay los cuales fueron recibidos a satisfacción el 05 de febrero de 2014, con los cuales se validó los entregados por IFEZ.

El 27 de septiembre de 2013 se suscribe el contrato No. 0056-2014 con la compañía de CONSTRUCCIONES ECUATORIANO COREANA CONECUAKOR C.E.M para la construcción del edificio de laboratorio, edificios de transferencia de tecnologías, edificio de administración y gestión, auditorio del campus universitario, ubicados en el catón de San Miquel de Urcuquí Provincia de Imbabura.

El 14 de mayo de 2014 se suscribe el contrato No. 0059-2014 para la Fiscalización de la construcción de los edificios del campus universitario de Yachay construcción del edificio de laboratorio, edificios de transferencia de tecnologías, edificio de administración y gestión, auditorio. Tanto el contrato de ejecución de la obra como el de la fiscalización fueron terminados de forma unilateral. En el año 2017 se suscribe el contrato No. 008-2017 referente a la consultoría que permita analizar y diagnosticar la servicialidad, seguridad y lineamientos de los cinco edificios mismo que se recibe a satisfacción el 15 de septiembre del mismo año.

Al momento de redactar el estudio de caso final, se confirma que a pesar de que la administración contó con los recursos necesarios y desarrolló los procedimientos de contratación respectivos estos fueron un fracaso. La utilización de la obra se encuentra en el mismo estado en el cual lo describió la CGE en su informe es decir: 1) Edificio de transferencia de tecnologías: *ocupado la primera y segunda planta con acabados del 80%*; 2) Edificio de Administración y Gestión: *estructura inconclusa*; 3) Edificio de Laboratorios: *estructura inconclusa*. Por lo que la administración pública no logró cumplir con el objetivo planteado.

Este resultado es producto del endeble sistema de control con el que cuenta el Estado. Las instituciones no han logrado estructurar un verdadero sistema que permita ir guiando el procedimiento de contratación desde su inicio. Esta situación ya se observó en las dos casos anteriores en los que a pesar de no contar con los estudios definitivos y actualizados las instituciones realizaron los respectivos procedimientos llegando inclusive a la etapa de ejecución.

En el presente caso se encuentran situaciones similares en las que se observa que la administración no ha logrado consumir un control eficiente de sus acciones. En este examen la CGE encuentra un primer hallazgo en el que se demuestra que la institución no gozó de un procedimiento de control para la custodia de los documentos en los procedimientos de obra y consultoría.

La actuación ocasionó que cada uno de los participantes en el desarrollo del mismo no cuenten con los expedientes completos. El efecto de aquello es que los funcionarios en los diferentes lapsos, no pueden efectuar un control real. La administración pretende ejecutar una obra que necesita orden desde la desorganización.

Este incumplimiento va de la mano con la ruptura que se produce con el principio de transparencia. La administración al no poseer un expediente en el que se archive de forma organizada cada una de sus actuaciones tampoco va poder mostrarlo a la ciudadanía, rompiendo con el control social que esta puede efectuar. Esta situación se confirma al constatar que en el SOCE en el procedimiento signado con el código REOB-YACHAY-2014-08 se indica el flujo del procedimiento en estado “**desierto**”, existiendo en su contenido documentos de calificación de oferta y adjudicación de contrato.

Como se puede ver en esta primera actuación la administración destruye con un solo acto el sistema de control. El engranaje descoordina su funcionamiento cuando: 1) los funcionarios participantes no tienen los documentos que le permitan tomar decisiones y solucionar conflictos. 2) No se llega con la información a los ciudadanos, los cuales tienen el derecho de efectuar el control de cómo se están utilizando los fondos públicos.

La administración y el control en sí mismo tienen como objetivo fundamental la protección de los recursos públicos, por lo que se debe realizar con debida diligencia cada una de sus actuaciones. En el caso de desconocimiento inclusive la CGE tiene dentro de sus competencias prestar la debida asesoría.

Pero el sistema no funciona así y muestra de ello es que el informe del ente de control indica como segundo hallazgo que en el contrato No. 0022-2013 y su complementario No. 0038-2013 se procede al reconocimiento de gastos generales como parte de costos indirectos que inclusive fueron pagados. La siguiente tabla muestra este hecho:

Tabla 9
Costos directos e indirectos consultoría

Contrato principal	Costos directos	Costos indirectos
	\$408.988,24	\$62.711,71

Contrato principal	<i>Gastos generales</i>	<i>\$37.244,30</i>
Costos indirectos	Utilidad empresarial	\$25.467,71

	Costos directos	Costos indirectos
--	-----------------	-------------------

Contrato complementario	\$202.735,10	\$42.289,54
--------------------------------	--------------	-------------

Contrato principal	<i>Gastos generales</i>	<i>\$24.829,53</i>
Costos indirectos	Utilidad empresarial	\$17.459,81

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0018-2018

Elaboración propia

La administración en este sentido no logra visualizar cual es el único componente de los costos indirectos, efectuando un pago que no tienen sustento legal por un valor de \$37.244,30 y \$24.829,53. El control de legalidad así como el que se efectúa previo al pago no aparecen y mucho menos se logra enlazar al control que a través de asesoría puede realizar la CGE para proteger el recurso público.

Así mismo dentro del contrato de consultoría No. 0022-2013 para la validación de los estudios que permitan contar con los estudios definitivos para la construcción de los edificios, el consultor indica que se debe considerar la posibilidad de realizar las siguientes acciones para que no exista problema en la ejecución de la obra:

- 100% cambio de fachadas de los edificios.
- 100% rediseño estructural.
- 100% de rediseño de ciertos sistemas eléctricos (sistema regulado de toma corrientes; reubicación integral de luminarias; cambios de luminarias, etc.)

En realidad esto implica un nuevo diseño. El mismo informe es corroborado por los técnicos de la institución que afirman:

- Los estudios contienen normas y códigos diferentes a los aplicados en el país.
- Los diseños hidráulicos sanitarios cumplen con normativas internacionales que no pueden ser debidamente interpretados en el país.
- El diseño electrónico no contiene ingeniería en detalle.

En base a este informe se determina la necesidad de realizar trabajos extras que permitan contar con estudios definitivos para la construcción de la obra. Es así que se procedió a la negociación de un contrato complementario signado con el No. 0038-2013 que corresponde al 61,91% del contrato principal mismo que después de los controles respectivos fue suscrito anexando términos de referencia de la negociación. Lo que no

tiene en cuenta la administración pública a pesar de todos los controles e informes es que las acciones a realizar en el contrato complementario ya forman parte del principal.

Así mismo la CGE en el control posterior muestra la poca claridad que tiene el órgano de la administración al momento de volver a contratar servicios que ya fueron parte del contrato principal concluyendo que:

- Tanto el contrato principal como los documentos que forman parte de este disponen que el objeto final es el contar con estudios definitivos que permitan llegar a la ejecución de la obra.
- Los trabajos extras evidenciados por la consultora que dieron lugar a la suscripción de un contrato complementario son parte del contrato principal, hecho que se observa el momento que se dice que esta deberá realizar todo lo necesario para la ejecución de la consultoría.
- Los informes técnicos y legales emitidos por los funcionarios no evidenciaron en ningún momento la contratación de un mismo servicio sino que por el contrario dieron fundamento a la suscripción del nuevo contrato.

Este accionar de la administración muestra nuevamente la lentitud e ineficacia con el que funciona tanto el control externo como interno. Es asombroso que la administración pública con su propia anuencia permita la erogación de \$240.545,04 por un servicio que debía ser entregado como obligación propia de la contratista. El control interno en lugar de proteger el recurso público paradójicamente autoriza una erogación de fondos sin la existencia de una contraprestación.

El control posterior lo que hace es evidenciar la falencia y, trata de corregir a futuro con la emisión de recomendaciones como si eso no formará parte del sentido común. Lo que se necesita es que este actúe al momento, proteja los recursos así como el derecho de los ciudadanos a contar con los servicios que justifiquen del desarrollo de las contrataciones. El control posterior no puede quedarse únicamente en mostrar sino que debe limitar y proteger. La siguiente afirmación emitida por el órgano de control dentro del informe final respecto del contrato No. 0022-2013 muestra lo descrito:

Dispondrá a la Gerente Jurídica, que en los contratos de consultoría que emprenda la Empresa Pública YACHAY EP, verifique y establezca claramente, el objeto, alcance, actividades, condiciones y productos a entregar por parte de los consultores, lo que permitirá determinar en forma específica la necesidad o no de la suscripción de un

contrato complementario y si los términos de referencia, alcance y productos de este nuevo contrato son diferentes a los establecidos en el contrato principal.¹³⁵

En el mismo informe el órgano de control deja constancia de que la máxima autoridad definió los especialistas para proceder con la recepción de la consultoría de validación y actualización de los estudios. Estos suscribieron los documentos en los que se describe que los productos fueron entregados a satisfacción, cuestión que habilita a la entidad a preparar los documentos para el inicio de la etapa precontractual.

La máxima autoridad autoriza el inicio del procedimiento de contratación directa (régimen especial) llegando a suscribir el contrato No. 0056-2014 con un plazo de 600 días y la entrega de un anticipo. En el contrato se indica que la entidad pública cuenta con los planos y estudios autorizados por las instancias correspondientes, pero en la realidad y después de oficios enviados por el GAD de Urcuquí se constata que los planos para el inicio de la construcción fueron aprobados mucho después del inicio de la contratación según el siguiente detalle:

Tabla 10
Aprobación de planos ejecución de contrato

Edificio	Fecha de inicio de procedimiento	Fecha de inicio de los trabajos	Fecha de aprobación de los planos	Diferencia de tiempo entre inicio del procedimiento y aprobación de planos
Auditorio	20/02/2014	20/06/2014	09/09/2014	7 meses aprox
Transferencia de Tecnologías	20/02/2014	20/06/2014	22/09/2014	7 meses aprox
Laboratorios	20/02/2014	20/06/2014	06/07/2015	1 año 5 meses aprox
Administración y Gestión	20/02/2014	20/06/2014	06/07/2015	1 año 5 meses aprox

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0018-2018

Elaboración propia

Los tiempos demuestran la inexistencia del control por el espacio promedio de un (1) año desde que se inició el procedimiento. Las obras continuaron ejecutándose por este lapso sin que aparezca el sistema de control. Este en ningún momento evidenció el incumplimiento de un requisito de fondo como la aprobación de planos. El control interno, externo, el efectuado por el SERCOP, inclusive el que deben realizar los GADS y el efectuado por la CGE no permitieron evidenciar en el momento oportuno la prohibición de suscribir un contrato sin contar con los planos aprobados.

¹³⁵ *Ibíd.*, 38.

Esto enseña que las instituciones por regla general suelen desarrollar los procedimientos sin el elemento que sirve de eje para la elección del contratista así como para la ejecución de la obra. Situación grave ya que tenemos como resultado un contrato que: 1) se tornó inejecutable y; 2) necesitó del apoyo de elementos extras, por lo que concluye el mismo con un diseño y costo diferente al planificado originalmente.

Lo comentado rompe con el principio de legalidad ya que se está inobservando lo establecido en las normas de contratación pública así como en las ordenanzas que obligan a contar con planos que cuenten con firma de responsabilidad. De los casos analizados el 100% inicia los procedimientos de esta forma. Lo descrito es un peligro para el interés general vulnerando el derecho a tener una buena administración. En conclusión

[L]os Miembros de la comisión de recepción y el Administrador del contrato de consultoría 0022-2013, el Gerente de Infraestructura y Construcciones; y, los Gerentes General y Subrogante de YACHAY EP, inobservaron el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 123 de su Reglamento General; el numeral 1.3 de la cláusula primera de los contratos de obra 0056-2014 y 0138-2014 que señala que YACHAY E.P. conto con planos debidamente aprobados; y, las Normas de Control Interno 100-03 "*Responsables del Control*", y 408-15 "*Contratación*" e incumplieron el artículo 18 de la Ordenanza de Construcción, Planificación, Urbanismo, Lotizaciones, y Fraccionamientos en el casco urbano del cantón San Miguel de Urququí.¹³⁶

Como se dijo anteriormente el resultado del incumplimiento se ve reflejado en la ejecución de la obra. En ella necesariamente se tendrá que cambiar e incrementar diseños y rubros para viabilizar la ejecución del contrato. En un sistema de contrapesos es el momento ideal para que asome el control que deben efectuar tanto el administrador como el fiscalizador.

Pero en la ejecución de esta obra se autorizan cambio de diseños, cambio de materiales, acabados, incremento de cantidades y creación de rubros nuevos sin que el administrador y el fiscalizador emitan ningún criterio. El valor que alcanzan estos trabajos es el de \$7.736.888,43. Para enfrentar esta realidad no se contó con los fondos necesarios. El efecto final fue que la entidad caiga en mora por el lapso de dos años siete meses comprometiendo además el presupuesto del contrato principal mismo que cayó en iliquidez.

Lo descrito en el último párrafo es un claro ejemplo del resultado del incumplimiento y de la falta de control de los diferentes órganos. A la estructura o sistema de control se le escapa la actuación arbitraria de la administración. Lo que prima es el

¹³⁶ *Ibíd.*, 41.

caos más que un trabajo ordenado en el que tenga un peso real el cumplimiento de la norma así como el sentido común. El control en lugar de dirigir y limitar, permite y evidencia las falencias al final.

El contrato para la ejecución de la obra tiene un valor de 44.057.912,93 y la fecha de finalización del contrato se estimó para el 28 de diciembre de 2015. Pero este fue terminado de forma unilateral el 15 de septiembre de 2015. Los hechos que justificaron esta decisión son una serie de fallas en los elementos estructurales de la obra. Estas son el resultado de los cambios de uso de los edificios así como del cambio de diseño de las fachadas lo que provocó la eliminación de ciertos elementos estructurales.

Entre estas fallas estructurales tenemos: 1) El edificio de laboratorio no cuenta con la estructura exterior de columnas y vigas para los quiebrasoles; 2) Se eliminaron vigas que conectan las columnas cilíndricas; 3) La losa no se encuentra fundida lo que provoca que en las estructuras altos grados de corrosión; 4) Deflexiones, fisuras, deficiencias estructurales la escalera del edificio principal y 5) Fisuras en los masillados productos del exceso de espesor en las masillas para alcanzar el nivel de pisos, entre otros.

Así también los funcionarios sin contar con los documentos técnicos procedieron a solicitar en la marcha cambios en los diseños sin llegar a acuerdos en la ejecución de ciertos trabajos, existiendo una falta de disposición para protección de los mismos, el resultado es el siguiente: 1) cambio de losa del auditorio de hormigón armado a cubierta de estructura metálica con recubrimiento de panel metálico; 2) no se emiten disposiciones relacionadas a procedimientos y medidas de conservación de la losa; 3) incremento de 6 a 12 sumideros sin contar con los planos respectivos; 4) derrocamiento y construcción de grada en el edificio de administración por parte de la empresa subcontratada con oposición del contratista y; 5) deficiencia en elementos estructurales así como deflexiones y fisuras en vigas de cinco edificios.

Este último párrafo describe en esencia lo que es la ejecución de una obra. En él se presenta el colapso y caos del sistema de control tanto interno desarrollado por la entidad en conjunto con terceros contratados. El control que se realiza posteriormente lo único que hace es demostrar la falencia del primero.

Es decir los dos controles que forman parte del mismo sistema asisten a: 1) la configuración del fracaso de la actuación administrativa que tiene como efecto la ruptura con todos los límites establecidos por la norma. 2) El descuido en la utilización de los recursos públicos y el incumplimiento con aquellos que aportaron para que el desarrollo de la obra sea una realidad, que es la colectividad.

Para finalizar, el informe demuestra que existen los siguientes problemas en partes de las obras que ya han sido ejecutadas:

Tabla 11
Deflexiones y fisuras en edificios

Edificio	Fisura
Administración	<ul style="list-style-type: none"> • Fisuras y vibración existentes en la grada G3. (En este caso las deficiencias fueron aceptadas por los diseñadores estructurales por lo que se recomienda un peritaje técnico) • Losas de entrepiso
Transferencia de Tecnología 1 y 2	<ul style="list-style-type: none"> • Fisuras en las gradas G1. • Losas de entrepiso

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0018-2018

Elaboración propia

Frente a esto se plantea realizar una verificación de que tan afectadas se encuentran las estructuras. El constructor establece que a pesar de que se ha cumplido con lo determinado en los diseños existen deflexiones en vigas y en vanos de losas. Por lo cual se necesita atender de forma inmediata el problema ya que de lo contrario provocaría un incremento de costos en la recuperación de los elementos estructurales afectados. Para esto es necesario realizar las siguientes acciones:

Tabla 12
Resultados de la falta de control

Problema	Acción
Deflexiones en vigas y vanos de losa	Incorporación de estructuras metálicas que se colocarían en la parte inferior de esos elementos y se anclarían en los bordes laterales de las columnas a manera de soportes.
Fisuras en vigas se planteo	Tratamiento de pintura elastomérica
Fisuras mayores	Inyección de mortero epóxico para sellarlas y evitar la corrosión en el acero de refuerzo

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0018-2018

Elaboración propia

Al final el costo para proceder con la solución a los problemas es de \$399.928,03, lo que implica nueva erogación de fondos y suspensión de la obra. Los interesados no podrán hacer uso todavía de esta mientras la administración pública analice los riesgos y remediaciones que puedan aplicarse.

Es así que se genera nuevamente la necesidad de contratar una consultoría que permita ahora analizar y diagnosticar la servicialidad, seguridad y lineamientos de los cinco edificios. Para ello se suscribe el contrato No. 008-2017 mismo que se recibe a satisfacción el 15 de septiembre del mismo año. En este se llega a las siguientes conclusiones:

Tabla 13
Resultados de la falta de control

Edificios	Acciones a realizar
Transferencia de Tecnología 1 y 2	Reforzar columnas, vigas y tramos de losas
Laboratorios	<p>Si se desea realizar la construcción del edificio conforme diseño original se debe efectuar el reforzamiento de vigas, losas, columnas y vigas faltantes, para lo cual se debe realizar nuevo diseño de los elementos.</p> <p>Si se quiere mantener las losas construidas se deberá realizar el reforzamiento de vigas y losas.</p> <p>Complementar el espesor de loseta de compresión indicado en planos estructurales.</p> <p>Construcción de quiebrasoles en material liviano.</p>
Administración y gestión	<p>Espesores de loseta de compresión menores a lo especificado.</p> <p>Deficiencia en las secciones de algunos elementos estructurales indicados que deberán ser reforzados, para garantizar su adecuado funcionamiento estructural.</p>
Auditorio	<p>Espesor de la loseta de compresión es menor a lo especificado en los planos estructurales.</p> <p>Deficiencia en las secciones de algunos elementos estructurales indicados anteriormente los cuales deben ser reforzados.</p> <p>Derrocamiento de losa y reemplazo con un sistema de recubrimiento liviano o reforzamiento estructural de sistema de losa y vigas.</p>

Fuente: CGE, Informe General No. DNA1-0018-2018

Elaboración propia

El resultado de la nueva consultoría arroja inadecuados procedimientos en la ejecución de la construcción misma que evidencia: 1) espesor de las losetas diferentes a diseños originales; 2) fisuras y cortes de hormigón ajustados a dimensionamiento de huellas en grada; 3) segregación de agregados en vigas y losas. Esta situación se produce

por la falta de control del fiscalizador, situación que ha sido verificada por el órgano que efectúa el control posterior.

El resultado final de todo este accionar es: a) la recomendación de terminación por mutuo acuerdo por parte del administrador del contrato. b) La terminación unilateral del contrato de obra por parte del Gerente Técnico después de 639 días de suspensión de la obra. c) La recomendación por parte de la CGE de tomar las medidas necesarias para protección de servidores que está ocupando una parte de la construcción.

Por lo que se deduce que no existió una inversión técnica legalmente sustentada que garantice la continuación y terminación de la fase de construcción, ocasionando un perjuicio para el Estado. Estos hallazgos fueron enviados a la Fiscalía para que inicie una investigación que hasta la fecha de elaboración de este trabajo no evidencia respuesta, según lo explicado por uno de los diarios de circulación nacional la situación es la siguiente:

La Fiscalía informó que “las tres se encuentran en investigación y se detuvieron”, según los fiscales encargados de los casos, por el alto costo que representa el contratar a los peritos. El valor va entre \$ 20.000 y \$ 25.000, y son cinco pericias las que se requieren realizar. Ante esta situación, la Dirección Jurídica de la Fiscalía y el fiscal a cargo en Quito gestionan ante los gremios de profesionales en ingeniería para tratar de que alguno de los profesionales acepte ser perito. El problema radica en que el tope máximo que puede pagar Fiscalía es de \$ 3.900, dependiendo de la pericia.¹³⁷

Estos hechos demuestran el desatino del control estatal que no logra cumplir con su cometido. La administración con su anuencia termina efectuando acciones que van en contra del principio de una buena administración. Lo único que se obtiene es una persecución administrativa judicial que no logra al final reestablecer las cosas al estado ideal en el que debiera encontrarse.

Colofón del estudio de casos

El análisis de casos muestra la equivocación del sistema de control interno. Este permite el desarrollo de procedimientos de contratación pública que finalizan en: 1) terminaciones unilaterales de contratos, 2) utilización de obras sin la suscripción de actas de recepción, 3) contratación de consultorías para verificación real del estado de las

¹³⁷ El Telégrafo, “Yachay contaminado por la corrupción”, Diario *El Telégrafo*, 05 de abril de 2019, <http://tinyurl.com/y39nn53f>.

estructuras, 4) obras inconclusas, 5) erogación de fondos sin sustento técnico, 6) suscripción de contratos con identidad de objeto, etc.

El control posterior aparece para revelar estas falencias. Muestra el actuar negligente de la administración y evalúa el daño causado, mismo que se ve reflejado en la determinación de responsabilidades. Estas tienen como objeto fundamental recuperar el recurso público y devolver las cosas al estado ideal, pero muchas de las veces, tal cual sucede en el tercer caso, no presentan resultado alguno.

Por lo tanto el sistema de control no logra cumplir con el objeto para el cual fue creado. Este motivo debe implicar un cambio en la lógica de su funcionamiento. El control debe tener una posición más activa y no esperar de forma inquisitiva a que las cosas hayan sido realizadas para analizarlas.

El control debe ser oportuno de manera que no solo se convierta en el acto de publicación la negligencia de la administración y mal uso de recursos. Si no que por el contrario permita el buen uso del recurso público y la entrega de las obras que van siempre en beneficio de la sociedad. Su lógica actualmente no ha logrado llegar a este cometido final.

Conclusiones

Las normas vigentes analizadas en los capítulos de este trabajo de investigación que regulan los procedimientos de contratación pública en referencia a contratos de obra pública determinan la existencia de un sistema de control. Este está compuesto del denominado control interno y externo, los cuales tienen como objetivo fundamental la protección del recurso público, la actuación con apego a las reglas y el cumplimiento de los objetivos institucionales.

En el caso de la ejecución de los contratos de obra pública aparecen además otros sujetos que se encargan del control como el administrador y el fiscalizador. El primero de acuerdo a lo determinado en la LOSNCP debe velar por el oportuno y cabal cumplimiento de cada una de las obligaciones. Este estará enlazado con la ejecución del contrato hasta la suscripción del acta entrega recepción provisional y definitiva.

El segundo (fiscalizador), que por lo general es contratado a través de consultoría contratación directa, lista corta y concurso público, tiene la obligación conjuntamente con el administrador de verificar que cada una de las acciones realizadas por el contratista cumpla con lo que realmente requirió la entidad. El resultado será que esta reciba un producto final que en gran porcentaje se acerque a lo demandado, satisfaciendo con ello las necesidades de la colectividad.

El SERCOP como órgano encargado de las compras públicas también realiza acciones de control. Este a través del SOCE, observa las contrataciones que están efectuándose y virtualmente toma acciones en base al objeto y el monto de la contratación, excepto en aquellas que se realizan de forma directa. Es así que en el desarrollo de algunos procedimientos para adquisición de bienes, servicios y contratación de obras, en el caso de considerar inapropiadas las acciones efectuadas por la administración, este organismo suspende electrónicamente el flujo del procedimiento y solicita se efectúen los descargos respectivos para continuar con su desarrollo.

El trabajo que este órgano ejecuta permite que se realice el control social. La correcta utilización del SOCE así como la publicación de la documentación relevante, asiente a un mayor número de personas incluidos profesionales que conocen del tema efectuar el análisis de las operaciones que realizan las entidades para la contratación de

obras públicas. Este elemento es fundamental ya que el desarrollo de los procedimientos de contratación de obras serán observados por el beneficiario directo que es el ciudadano.

Frente a ciertas actuaciones de la administración pública se ha logrado establecer también controles que se efectúan de forma electrónica. Es así que al menos las instituciones que manejan el Sistema de Administración Financiera del Sector Público ESIGEF deben cumplir con ciertos requisitos para iniciar los procedimientos de contratación, los cuales al ser virtuales deben ser ejecutados inexorablemente.

Este es el caso de la certificación presupuestaria presente o futura (plurianual). Al contar con ella se podrá reformar el Plan Anual de Contrataciones (PAC) ubicando o modificando un ítem ya existente que se pretende contratar. Una vez efectuada esta acción la entidad contratante podrá elaborar los pliegos conforme los términos de referencia que deben tener cierta información de acuerdo al esquema del módulo de contratación.

Por último el sistema virtual ha logrado establecer códigos denominados CPC que por cuestiones de orden legal tienen restricción y que necesitan autorización previa para su uso. Sin ella no pueden ser iniciados los procedimientos de contratación, por lo que es necesario que el órgano pertinente realice el análisis de los documentos de soporte.

Entonces se muestra que a través de ciertas acciones sí se ha logrado establecer formas efectivas en relación al cumplimiento de la norma Jurídica. Pero esto solo queda ahí en un sistema ya que en la ejecución de las obras aparecen otros elementos que necesitan un distinto tipo de análisis que solo se ha logrado mostrar por el sistema de control de forma posterior. En este sentido se hallan prácticas y omisiones recurrentes como las siguientes:

1) Selección de contratistas.- Las instituciones seleccionan contratistas con un ranquin negativo para la construcción de obras emblemáticas en el país. El resultado final ha sido obras inclusas que no han podido llegar a ser utilizadas. Estas por la falta de mantenimiento, mientras se solventan los problemas acaecidos, han terminado destruyéndose.

2) Sobreprecios en los contratos.- La contratación a través de procedimientos de régimen especial (contratación directa) sin ningún sustento de viabilidad técnica y económica, han provocado la ejecución de obras con sobreprecios. En este sentido se puede observar que el control interno no ha logrado definir los límites, siendo esta una práctica común al momento de suscribir los contratos de obra.

3) Falta de estudios previos.- Uno de los elementos que tienen una importancia trascendental y que forman parte del inicio de los procedimientos de contratación de obra

pública son los estudios previos actualizados y definitivos. De estos depende la ejecución final del contrato siendo este elemento es el más descuidado por el sistema de control, tal cual se ha visto en el estudio de casos.

Las instituciones como práctica común inician procedimientos de contratación de obra pública sin contar con los estudios definitivos y actualizados. Esto conlleva a que en la ejecución de los contratos se vuelvan a contratar nuevos diseños, se suspendan los tiempos, en la marcha se cambien estructuras, gastos imprevistos provocando la necesidad de autorizar rubros nuevos, cambio de materiales, lo que trae como resultado final la iliquidez de los contratos.

4) Suscripción de contratos complementarios sin justificativos técnicos.- Esta acción va unida al hecho de no contar con estudios previos definitivos y actualizados. La administración desde su desorden pretende solucionar los problemas que acontecen en la ejecución a través de la suscripción de este tipo de instrumentos jurídicos. La mayoría de las veces estos documentos no cuentan con justificativos e incumplen las normas vigentes.

Entonces el sistema de control respecto de los contratos de obra pública al no entender estos elementos que son evidentes entra en colapso y no cumple con su objetivo. Al final lo que tenemos como resultado es un órgano de control externo que describe de forma detallada las insolencias del control interno. Pretende a través de un mecanismo didáctico caduco enderezar la actuación de la administración y recuperar los recursos públicos, hecho que a veces resulta imposible.

El “castigo”, cuyo contenido son los informes, determinación de responsabilidades civiles, penales, se ha vuelto en su arma elemental. Estos que son el resultado del control posterior pretenden regresar las cosas al estado anterior si entender cuál es el verdadero sentido de su existencia. Este diseño ha hecho que el sistema de control asista a su fracaso, debiendo reestructurarse y ubicarse en los puntos axiales del desarrollo de los procedimientos de contratación pública.

Este cambio permitirá asegurar que el resultado final sea la recepción de una obra conforme el interés general en identidad con los costos reales. El cambio de paradigma reconocerá la protección de los recursos del Estado y la atención al ciudadano común protegiendo el derecho a una buena administración.

El control no puede limitar su actuación a la revisión de lo actuado. Por el contrario debe centrar su acción en una estructura que permita evidenciar las complicaciones a tiempo, lo que permitirá tener como resultado final la satisfacción de necesidades imperantes de los ciudadanos de forma justa.

El control externo e interno debe tener como objetivo alinear la actuación de la administración, de manera que esta acción permita proteger el recurso público y el derecho que tienen los ciudadanos a una buena administración. Si este control falla la incidencia se verá reflejada directamente en la vida de la sociedad en los diferentes ámbitos: educación, salud, justicia, recreación, vivienda, vialidad, etc. tal cual se puede observar en los casos analizados.

El paradigma de control posterior que tiene como referencia la sanción y el castigo como se ha mencionado en este trabajo debe ser superado. La incidencia que produce esta actuación en el derecho a que esta tenga una buena administración, es negativa. Lo único que se ha logrado es mostrar la falsa actuación de la administración pública y el dispendio del recurso. La esencia del control debe centrarse en la protección oportuna y efectiva.

Los ciudadanos tienen el derecho a exigir un buen funcionamiento de la administración y ésta a responder en principio del interés general. El control no debe convertirse en un mecanismo de persecución después de una actuación fallida. Por el contrario debe aparecer en los momentos en que se necesita guiar la acción de la administración de manera que con el empleo del recurso se llegue a cumplir con los objetivos establecidos.

En el estudio de casos se demuestra que el sistema de control está ubicado en este paradigma estático. Este se encuentra únicamente a la espera de que la administración desarrolle su actuación para aparecer. Error craso, ya que el resultado final es la demostración de las falencias de la administración y la recomendación de que en casos futuros esta sea corregida. Reflexión que queda en el discurso ya que en la realidad el recurso fue erogado y la ciudadanía no cuenta con la obra esperada.

El control en busca de optimizar la actuación de la administración debe estar encaminado a mejorar la vida de las personas. Este no puede aparecer para trabajar en base a elucubraciones que se encuentran figuradas en expedientes que no muestran la realidad plasmada en una obra. Al control le corresponde ocuparse de los problemas que vive la administración en tiempo real.

El control tiene que desestructurar su actuación y retrotraerla al tiempo en que la administración genera las necesidades, tramita los recursos, desarrolla y aprueba los estudios, selecciona los contratistas, suscribe los contratos, ejecuta las obras, etc. Ese sería el momento en que técnicamente podría solventar vicisitudes técnicas y jurídicas. En este sentido estaría atendiendo al interés general y protegiendo el recurso público.

El control debe entender que su existencia está en función de cubrir las necesidades de la colectividad. Su acción no debe centrarse en demostrar su poderío al final sino que por el contrario debe comprometerse con el servicio que es el núcleo esencial de la existencia de la administración. El control debe volver al principio de la buena administración y salir de una estructura que se ha enfrascado solamente en el poder.

Los casos analizados muestran esta reflexión. La administración actúa al margen de un razonamiento que incluye el interés general. El objeto de esta únicamente es mostrar y castigar la actuación de los órganos de la administración, marginalizando los que es necesario para la ciudadanía. Lo último en que se piensa es en el interés general y el bienestar de la sociedad.

La administración pública debe virar la hoja y desde una visión personalista poner en el centro de su actuación a la persona. Esta es la razón de ser de la existencia de la administración. Las instituciones son únicamente meros administradores de la cosa pública siendo el elemento principal el pueblo. De ahí que el control tiene que desarrollar su acción desde los intereses de las personas.

La actuación de la administración pública, respecto del control interno y externo, no está circunscrita únicamente a los procedimientos. Esta debe dar preeminencia al sujeto. Es así que las instituciones deben rebasar el límite de creer que su función es acumular expedientes en los cuales se detalla una actuación equivocada. Es necesario que el control en su desempeño tenga en cuenta primero el beneficio de todos los integrantes del Estado.

El control debe efectuarse desde la realidad. Esta debe ser el primer elemento con el que debe contar el sistema de control. El examen no puede esperar a que todo el accionar de la administración sea trasladado a los documentos. Por el contrario, el análisis de la actuación de la administración debe ser oportuno. Eso permitirá encaminar la actuación de las instituciones y la protección del derecho de los sujetos a una buena administración.

Ergo, la concepción del control interno - externo y su forma de ejecutarlo incide directamente en la protección del recurso. De él depende que este sea destinado para el cumplimiento del interés general. En una suerte de eslabón este afectará también al derecho que los ciudadanos tienen a una buena administración. Es así que el control debe pasar de una visión estática a una dinámica. En él se debe avizorar los problemas que pueden presentar las actuaciones de la administración para corregirlas, protegiendo el

recurso y el derecho que tienen los ciudadanos a una actuación positiva de la administración.

Es necesario además entender que por los múltiples actos que realiza la administración para cumplir con sus objetivos no se puede tener un control externo omnipresente. Por esto es preciso fortalecer el control efectuado internamente rescatándolo de su actuación condicionada de manera que prepare la llegada del control posterior. Este debe entender que su actuación está encaminada a objetivos diferentes.

El control posterior deberá también elaborar una metodología que le permita estar en los momentos cardinales de la actuación de las instituciones por lo que sería trascendental tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- La creación de una matriz de riesgos que permita la ubicación de procedimientos de contratación de obra que presenten posibles falencias. Los mismos deben ser mostrados teniendo presente criterios como: 1) impacto en el medio social; 2) presupuesto referencial; 3) régimen de contratación; 4). historial del sujeto que realizó los estudios y que ejecutará el contrato; 5) vinculación entre empresas y funcionarios participantes en la ejecución de los contratos.
- Control directo en la ejecución de obra pública teniendo como límite de acción umbrales específicos. Esto ayuda a reforzar la figura del administrador y reemplazar la del fiscalizador, cuya contratación implica una nueva erogación de fondos, por la de un equipo multidisciplinario especializado que por lo general aparece de forma posterior.
- Identificar de forma precisa la competencia de los órganos que intervienen en el sistema de manera que no se efectúe un control yuxtapuesto. Los órganos intervinientes deben encasillarse en un parámetro de actuación de manera que se complete el círculo del control. Estos deben aportar de acuerdo a su especialidad, lo que permitirá establecer una estructura de precedentes sólida.

Un escenario depurado de competencias de los órganos de control se muestra de la siguiente manera: 1) La PGE tiene como competencia el control de los actos y contratos, así como prestar asesoría y elaborar consultas jurídicas que tienen el carácter de vinculante. Por lo que necesariamente debe emitir informes previos a la suscripción del contrato. 2) El SERCOP al ser el encargado de manejar todo el sistema virtual de contratación debe efectuar el control del desarrollo de los procedimientos en las etapas preparatoria y precontractual. 3) La CGE debe intervenir con todo su potencial técnico en la etapa de ejecución contractual.

- Los pliegos deben elaborarse en coordinación con la PGE, CGE y SERCOP de manera que estos aporten desde su conocimiento especializado. Esto generará documentos sólidos que permitan desarrollar los procedimientos de la mejor forma técnica posible, los cuales deben estar acorde con el MFC que permite la elaboración de las bases de los procedimientos de compras así como la elaboración de ofertas, cuidando de su actualización periódica.
- Repotenciar la figura del administrador del contrato de manera que este tenga conocimiento de la ejecución de obra pública y toda la problemática que la misma encierra. El certificado de competencias otorgado por el SERCOP es un avance pero no es suficiente para enfrentar la problemática que se presenta en la práctica. La sustitución de este, en obras de gran complejidad por un equipo multidisciplinario, puede mejorar la etapa de ejecución contractual.
- La contratación de obra pública debe avanzar a un control con un mayor porcentaje de componente electrónico, de manera que la información requerida a los posibles contratistas en temas de experiencia y solvencia pueda ser cotejada de forma rápida y veraz. Esto evita la actuación arbitraria de las comisiones técnicas en la selección de los proveedores definiendo de forma real el cumplimiento de las condiciones solicitadas por las entidades contratantes. La información que acredita el resultado de una posible adjudicación se verificará en los mismos sistemas digitales.
- La competencia que tienen los órganos de control para prestar asesoría en temas de contratos de obra no debe estar sujeta a la definición de “justificable” o “necesario”. La misma debe tener un carácter más abierto de manera que las entidades contratantes solventen los inconvenientes en tiempo real. Frente a esto el SERCOP ha logrado crear medios virtuales para poder acercar la asesoría al desarrollo de procedimientos de forma ágil.
- Estructurar un sistema de precedentes de fácil acceso que guíe los actos de la administración, de manera que los órganos se sitúen en prácticas comunes y solucionen conflictos en tiempo real. Esto previene el comportamiento inusual de los órganos, evitando una coacción posterior para enderezar el comportamiento y recuperar recursos que se entregaron en exceso o sin la debida contraprestación.
- Romper con el paradigma de un control lingüístico-normativo basado de forma posterior en el análisis de expedientes, para centrarlo en un análisis que nace de

la realidad. Por ende es necesario que se retrotraiga la actuación de los órganos de control a momentos actuales en los que se pueda palpar los errores proponiendo soluciones para la correcta y adecuada ejecución de los contratos.

- Atenuar el mecanismo de la “sanción”-“espera” como forma de protección del recurso público, avanzando al tema de la asesoría y control en tiempo real. Los tiempos del control deben ser más rápidos, dinámicos y nunca deben estar únicamente aguardando la actuación de los órganos de la administración. .

Bibliografía

- Aguilar, Oscar. “Técnicas de control judicial en las decisiones de la administración económica”. En *Derecho administrativo y regulación económica*, 581-661, Madrid/Editorial La Ley, 2011.
- BID Banco Interamericano de Desarrollo. Marzo de 2011. <http://www.iadb.org/document.cfm?id=774396>.
- AFD Agence Française de Développement. 2017. https://www.afd.fr/sites/afd/files/2017-09/normas-adquisiciones-contratos-financiados-afd-paises-extranjeros_0.pdf.
- Cassagne, Juan Carlos. “El contrato administrativo en Argentina”. En *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, 467-483, Lima, Palestra Editores, 2012.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Lexisnexus, 2004.
- Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- Chapman William Leslie.1996. “Análisis terminológico y conceptual del control gubernamental instituido por la ley 24.156”. *Revista Sindicatura* 1 (2010): 1-25. www.sigen.gov.ar/pdfs/revista-sigen/revista-06.pdf
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. Octubre 2013.
- Cepeda Ortiz, Carlos Alberto. *El Sistema de Control Interno del Estado*. Bogotá: Librería del Profesional, 2001.
- Comadira, Julio. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexisnexus, 2004.
- Correa, Rafael. “Discurso Presidencial sobre el Sistema de Contratación Pública. Ponencia respecto de la reforma a la Ley de Contratación Pública, Quito, 15 de abril de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador [2008] [Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad de Argentina, 2000.

- Ecuador. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 119, Suplemento, 07 de julio de 2003.
- Ecuador. *Reglamento para la absolución de consultas que emita la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 288, Suplemento, 20 de julio de 2018.
- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 07 de julio de 2017.
- Ecuador. *Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009.
- Ecuador. *Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 36, Edición Especial, 11 de septiembre de 2019.
- Ecuador. *Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 245, Suplemento, 29 de enero de 2018.
- Ecuador. *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2018.
- Ecuador. *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y Colombia y Perú por otra, y Anexos*. Registro Oficial 808, Suplemento, 23 de diciembre 2016.
- El Telégrafo. “Yachay, contaminado por la corrupción”. *Diario El Telégrafo*. 05 de abril de 2019.
- Erchihuela Morales, Francisco. *Todo contratación sector público*. España: La Ley, 2011.
- Escobar Pérez, Guido. “La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental”. Tesis Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2016.
- Expósito Vélez, Juan. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

- Erchihuela Morales, Francisco. *Todo contratación sector público*. España: La Ley, 2011.
- Fernández Ajenjo, José Antonio. “El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al tribunal de cuentas y a la intervención general de la administración del Estado”. Tesis Doctoral, Universidad Salamanca, Salamanca, 2009.
- Granda Aguilar, Víctor. *El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas de los modelos políticos y económicos en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- González López, Edgar. *El pliego de condiciones en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ibañez Najar Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis (Universidad Sergio Arboleda), 2007.
- Ivanega, Miriam. *Control Público*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Martínez Tapia, Ramón. *El contrato de obras*, *Revista española de financiación y colectividad*, Vol. XIX, No 60, (1989): 789-802. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2652858.pdf>
- Mesa Nieves, Luis. *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.
- Montaña Plata, Alberto. “El principio del buen funcionamiento de la administración y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas”. En *La Constitucionalización del Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Moraga Klenner, Claudio. *Contratación administrativa*. Santiago: Editora e Imprenta Maval, 2012.
- País Ramón y Francisco Arenas. “Política de obras públicas”. En *Parte especial del derecho Administrativo, La intervención de la Administración en la sociedad*. Madrid: Constitución y leyes S.A., 2012.
- Rincón Cárdenas, Erick. “Gobierno electrónico y el control del gasto público a través de nuevas tecnologías: una aproximación crítica y preliminar al e-control”. En *Estudios Socio Jurídicos*, 120-155, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2003.
- Rodríguez Arana, Jaime. “Derecho Administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública”. En *Temas selectos de derecho administrativo: en homenaje a los cuarenta años del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*,

437-474, México, Tribunal de lo Contencioso Administrativo/ Editorial PORRÚA, 2011.

Rodríguez Arana, Jaime. “El Derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”. En *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, 118-143, Lima, Palestra Editores, 2012.

Rodríguez Arana, Jaime. *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Bogotá Colaboradores Externos Internacionales), No 6, (2013): 23-56. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf>

Sotomayor Casas, Juan Alberto. “El control gubernamental y el sistema de control interno en el Perú: análisis crítico”. Tesis Doctoral, Universidad San Martín de Porres, Perú, 2009.

Troya Jaramillo, José Vicente. *El Derecho del Gasto Público*. Bogotá: Temis S.A., 2014.

Valderrama Bedoya, Francisco Javier. *El personalismo de Emmanuel Mounier y su relación con la Constitución Política de Colombia*, *Revista Opinión Jurídica* (Universidad de Medellín), Vol. 15, No 30, (2016): 249-272. DOI: 10.22395/ojum.v15n30a12

Villegas, Héctor. *Manual de Finanzas Públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.